

**UNIVERSIDAD DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**Régimen jurídico de la publicidad : (contribución a su estudio)**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**José María de la Cuesta Rute**

DIRECTOR:

**Jesús Rubio**

**Madrid, 2015**

TE

1714

- José María de la Cuesta -

REGIMEN JURIDICO DE

LA PUBLICIDAD

(Contribución a su estudio)

---

TESIS DOCTORAL

---

T O M O I



Facultad de Derecho.- Universidad de Madrid

Director: Prof. Dr. D. Jesús Rubio

Madrid - Enero - 1970



## CAPITULO PRIMERO

### INTRODUCCION

#### I.- GENERALIDADES.

Estaba de vacaciones Rudyard Kipling, cuando recibió un paquete de revistas de un amigo, quien, para economizar gastos, había separado todas las páginas de publicidad. Al agradecer a su amigo el envío, Kipling le expresó su decepción, porque él mismo hubiera podido escribir las historias que las revistas contenían, mientras que los anuncios entrafaban la verdadera información, el interés humano de toda la publicación. (1)

Cabe preguntarse por el interés que el famoso Autor demostraría hoy, que concurren cuatro hechos que sin alterar la sustancia en sí del fenómeno publicitario, le dan la peculiar fisonomía con que se nos presenta. La producción industrial en masa, condicionada a su vez por una tecnología complicada y costosa, unidas a los perfeccionamientos de las técnicas suasorias y a la revolución de las de comunicación social, determinan la necesidad y la posibilidad de expansionar rápida e ilimitadamente la producción de bienes y servicios, presionando sobre un consumo masivo y acelerado.

Es evidente el significado social que la publicidad en

traña. Y contrasta esa innegable carga con el absentismo de los teóricos de las Ciencias Sociales, que hasta el presente, no se han ocupado de modo científico y metódico de incardinar el fenómeno en su contexto típico ni de investigar sobre los mútuos condicionamientos que los fenómenos sociales soportan. Un informe preparado por el Comité Parlamentario del Partido Laborista Británico al referirse a este aspecto de la publicidad se expresa en los siguientes términos: "La importancia del tema es tal que las Universidades y otros Centros de investigación y académicos debieran capacitarse y ser estimulados para estudiar no sólo la economía de la publicidad y marketing en general, sino todos los aspectos que tienen en la estructura y cultura de la sociedad. Tal investigación necesitaría un aparato considerable de estudio social, pero se espera que las Organizaciones a que hemos venido aludiendo se preocuparán de estas materias para ampliar los conocimientos sobre los efectos tanto sociales como económicos de la publicidad. Es sorprendente que se haya hecho tan poco en este campo y se haya dejado que el prejuicio y la ignorancia obscurezcan las cuestiones." (2).

#### A) La Publicidad y el Derecho.

En un sentido generalísimo publicidad es hacer público algo. No cabe alegar ignorancia de lo que se hizo público y no puede exigirse el conocimiento de lo que no se publicó. Y no sólo la

norma jurídica ha de publicarse para que alcance su eficacia obligatoria, sino que determinadas situaciones jurídicas dadas han de comunicarse a los terceros, derivando en este caso la eficacia de la publicidad no de una absoluta certeza del conocimiento, sino de la posibilidad de que éste se produzca a virtud del sistema que el Ordenamiento instaura en base a las instituciones a los que atribuye la fe pública. E incluso en determinados supuestos el sistema de publicidad se completa mediante anuncios propiamente dichos en los llamados medios de comunicación social.

Pero si bien importaba destacar como el llevar a conocimiento general una situación dada no es en modo alguno in diferente al Derecho, no es a este sentido generalísimo al que aquí nos vamos a referir.

Ya en uno más cercano a nuestra materia, también destaca la relevancia jurídica de la publicidad. La Ley penal la contempla en ciertos casos como elemento tipificador del delito, y desde la revisión del Código punitivo de 1.944 se incluye la publicidad como circunstancia agravante, en base al criterio modernamente sostenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de que "a través de los medios publicitarios se extiende desmesuradamente el mal del delito, haciéndolo llegar a grandes masas o al público en general". (3).

Desde un punto de vista jurídico, el más importante aspecto de la publicidad es lo que tiene de "probabilidad". Parece, pues, demasiado estricta la opinión de un importante sector de la doctrina (4) que centra el relieve de la publicidad para el derecho en torno a las relaciones contractuales entre los sujetos que en ella intervienen, y a la incidencia del fenómeno en la situación concurrencial. Pero "la publicidad no es solamente un instrumento de combate en la lucha entre competidores por la conquista del mercado, ella es sobre todo el lazo natural entre la oferta y la demanda, el punto de unión entre el productor y el consumidor, el estimulante de las necesidades humanas, del que ningún régimen económico podrá escapar". (5).

Se ha dicho que la publicidad intrínsecamente no es sino "una forma de comunicacion de masas" (6). En efecto, la "información" en que la publicidad consiste se dirige desde un comunicante, el anunciante, a una masa anónima en la que permanecen ocultos e innominados aquéllos que de hecho pueden llegar a convertirse en receptores auténticos del mensaje publicitario. Pero la publicidad no es una simple información, sino que, por definición, tendenciosamente se ordena a un fin concreto: que el mayor número posible de destinatarios, convertidos en receptores de la misma, declaren o manifiesten su voluntad de modo capaz de transformar el mundo externo.

La relevancia de la publicidad para el Derecho reside en un primer momento en esta cualidad de dirigirse a que el hombre se manifieste en un determinado sentido. Es, por consiguiente una información que "probablemente" surtirá los efectos deseados por el anunciante respecto de una conducta ajena. De otro lado, por esa su eficacia, la publicidad "probablemente" potenciará el propio negocio del anunciante, y alterará el signo de la situación competitiva, en su caso. Por último, los mismos supuestos técnicos-económico de la actividad publicitaria provocan un complejo entramado de relaciones que precisan de la ordenación jurídica en evitación de situaciones conflictivas.

En el primer aspecto se contempla al hombre como ser de fine pero limitado en los medios de que puede disponer para alcanzarlos. Y esa limitación le coloca en estado de necesidad primero, y en la encrucijada de la decisión después.

Toda decisión es tanto más libre, y por consiguiente tanto más humana, cuanto mayor es la información de que el sujeto puede o ha podido disponer, desde el momento en que esta tiende a ilustrar el entendimiento y enriquecer el espíritu. Pero por su intrínseca tendenciosidad, la información publicitaria se dirige mucho antes a la voluntad del hombre que a su entendimiento, y no son infrecuentes, sino al contrario, las ocasiones en que el anunciante se propone con sus esfuerzos no ya condicionar la decisión subsiguiente al estado de necesidad, sino provocar ese mismo estado. He aquí, pues, cuáles son las reservas con las

que hay que acoger cualquier referencia a la "información" publicitaria. Ciertamente que, como afirma LOPEZ IBOR ni siempre toda información es tan pura como sería teóricamente pensable y deseable, ni toda la publicidad siempre tan impura de suyo que merezca sin más la condenación (7). Sin embargo, desenvolviéndose la publicidad en el profundo campo de los comportamientos humanos en sí, el Derecho no puede permanecer ajeno, en su alta función de tutelar el ámbito de libertad de la persona en la consecución de sus fines personales, y no tanto en cuanto solo aparezca como portadora de un concreto interés sino por la mera intervención de la persona, por quien en último término el Derecho existe.

No he de referirme a las censuras que ha merecido y merece todavía la publicidad. Obviamente no puede ocultarse cierta preocupación ante la aplicación de nuevas técnicas psicológicas -investigadas a menudo por su causa-, ante el volumen creciente que adquiere esta forma de comunicación, y ante la utilización indiscriminada de los medios de que se vale, preocupación que ha podido llevar a decir, con tanto humor como dramatismo, que la violación que la publicidad entraña está en el no consentimiento por parte de los destinatarios. (8). En definitiva, todas cuantas censuras se le dirigen están presididas por el criterio de la peligrosidad, en cuanto que de la persuasión a la vio-

lencia hay la misma distancia que media entre el convencimiento y la coacción. Prescindiendo de criterios morales, tan firmemente formulados y mantenidos, por lo demás, por los últimos Pontífices (9), a la norma jurídica corresponde delimitar el marco en que la publicidad persuasiva se mantenga sin estorbar un ápice el ámbito de dignidad, respeto y libertad de la persona. Y puesto que "en toda idea u obra del hombre hay siempre un otro" y puesto que toda "declaración es siempre un acto cuyo evento es idóneo a determinar un evento psíquico en otro hombre", la publicidad, por su propia naturaleza, se inscribe rotundamente en el campo del inderogable principio del "alterum no ledere", principio jurídico que cada día exige un más profundo desarrollo en consonancia con el signo de los tiempos que va dando nuevo sentido al "suum cuique", haciéndole perder su carga de primera persona del singular que determinó su clara derivación individualista al máximo de su potenciación efectiva y actuante.

Vayan pues las censuras contra el mal uso de un instrumento capaz de generar un peligro, pero sin extenderlas al instrumento en sí. Condenar la publicidad sin más sería tan ingenuo y pueril como fulminar con anatema la energía nuclear porque de ella pueda derivarse una guerra de las características que aquélla hace posibles. También de la publicidad rectamente entendida -recto tiene la misma raíz que derecho- cabe, por seguir

en el ejemplo, una utilización para fines pacíficos. En este sentido nadie puede negarle que constituye una fuente de financiación de primer orden para los llamados medios de comunicación social, que están llamados a cumplir el inestimable fin principal de informar al hombre, permitirle la libre expresión de sus ideas y canalizar la opinión pública. Los propios Pontífices que tan celosos se han mostrado en la salvaguarda del orden moral aceptan y prevén esta realidad (10) que hace posible la realización del derecho a la información que ellos mismos y especialmente el Concilio Vaticano II tan firmemente han proclamado (11). Pero en la misma importante función de suministrar recursos suficientes a la realización del derecho a la información reside también uno de los inquietantes aspectos de la publicidad, en cuanto que el servicio debe subordinarse a aquél derecho, de modo que no se convierta en nueva manifestación indirecta de coacción, tanto más insidiosa cuanto más oculta.

Dentro todavía del primer aspecto que hace relevante la publicidad para el Derecho, es forzoso referirse a la subordinación de aquélla a los fines personales que se alcanzan no ya a virtud de individuales decisiones sino en el seno de la colectividad social. También ahora el servicio que es exigible a la publicidad como motor coadyuvante al progreso socio-económico y al desarrollo no puede subvertirse en perjuicio de éste. Y sí co



mo afirma GARRIGUES "el Derecho es forma total de convivencia humana ... (por lo que) todas las manifestaciones de la vida económica son, al propio tiempo, manifestaciones del orden jurídico" (12), es evidente que el Derecho corresponde desvirtuar la probabilidad de alteración de circunstancias que se ha resumido con la feliz expresión de crear el clima social de "apetito para champán y dinero para un espumoso refrescante" (13). Porque en efecto, las consecuencias de la publicidad en modas y modos de vida, en cambios de mentalidad y hábitos, y especialmente la consecuencia que los economistas conocen como "efecto-demonstración", tampoco pueden ser olvidadas a la hora de una valoración de la publicidad desde criterios jurídicos.

Al ejercerse la publicidad y es el segundo de sus aspectos relevantes jurídicamente- para determinar la decisión del hombre sobre la elección de los bienes que le procuren la satisfacción de sus necesidades, es obvio que se incide en la esfera de actuación de cuantos, en su caso, están en condiciones de ofrecer a la elección del mismo destinatario los bienes que ellos poseen. Se altera así el equilibrio de la competencia, lo que hace entrar, en su caso, al fenómeno publicitario en la especial disciplina que la regula.

Finalmente, la profundización en las técnicas suasorias y su aplicación a la actividad publicitaria producen, por virtud del

principio de división del trabajo, una especialización en la actividad misma que se convierte en objeto de dedicación profesional que se pone a contribución de los fines del anunciante. La aparición y perfeccionamiento de poderosas técnicas de comunicación social, que precisamente tienen en la publicidad una importante fuente de los recursos financieros, indispensables para su subsistencia y el correcto cumplimiento de sus fines, entraña la presencia del interés de los gestores de estos medios en la actividad publicitaria, interés relevante para el Derecho por hacerse manifiesto a través de relaciones contractuales.

Del Derecho, en suma, depende que la publicidad sea, como algún autor pretende que siempre lo es (14), elemento de prosperidad para los individuos, útil a los productores, y al público por favorecer la baja de precios, mantener y crear la competencia y el "buen mercado", manifestación de probidad comercial, elemento de instrucción del público y sostén de una prensa libre.

#### B) El Estatuto de la Publicidad.

Si, como opina ASCARELLI, la producción industrial en masa propone una amplia gama de problemas al Derecho, que descubre el desfase entre las categorías jurídicas y la realidad económica (15), el fenómeno publicitario no es una excepción.

Y las dificultades suben de punto al enfrentarlo desde criterios surgidos en el seno de un sistema de derecho romanizado. La referencia medular de la publicidad a una estructura socio-económica que ha conocido su máxima evolución en los países de sistema jurídico de inspiración anglo-sajona determina un desfase aun mayor y la necesidad de un rejuvenecimiento de la mentalidad con que es necesario enfrentar los problemas jurídicos que plantea, e incluso para la comprensión de la simple terminología negocial.

Por ello sin duda digno de aplauso el legislador español que sin reparar en las dificultades existentes ofrece, con fecha 11 de Junio de 1.964, una Ley especial bajo el rótulo de Estatuto de la Publicidad.

Hasta ese momento, la publicidad no contaba con una regulación adecuada a su naturaleza, a sus necesidades ni a su importancia, y no solo en España sino en ningún país. Claro es que la carencia de normas específicas era en el nuestro más sensible por la penuria de la normativa aplicable a las instituciones que conservan cierta afinidad con la publicidad. Y de este modo, si bien como en otros países, las normas se encontraban desperdigadas en disposiciones de diversa naturaleza, rango y trascendencia, faltaba un designio unificador que fuera base suficiente al intérprete para la correcta aplicación del derecho. No faltan Au-

tores extranjeros que se lamentan de la ausencia de una regulación especial de la publicidad, pero es de advertir que los propósitos de acometerla han contado siempre con la hostilidad de los entes que de algún modo intervienen en la actividad publicitaria, sin duda por estimar que cualquier regulación legal supondría una intervención del Poder público en un sector tan íntimamente ligado al principio de libertad de comercio y de mercado, que podría poner en trance a la fecunda iniciativa privada. (14).

La denominación de Estatuto que a sí misma se da la Ley podría llevar a la equivocada conclusión de que se trata de una reglamentación con vistas a una determinada categoría profesional y que, a lo sumo, recoge una serie de prácticas de carácter ético en el ejercicio profesional de los entes que la integran.

La conclusión sería absolutamente inexacta, pues con independencia de la titulación general, el Estatuto se promulga como Ley y por consiguiente como norma jurídica con eficacia general ordenadora. (17).

"Si las relaciones contractuales, los usos y el esquema lejano del Código penal han podido hasta ahora ser suficientes para mantener a la publicidad dentro de los límites y de las exigencias que el orden público y las buenas costumbres imponen -dice el Preámbulo de la Ley- hoy en día se hace necesaria una re-

gulación orgánica y una institucionalización de los esquemas y de las estructuras de este sector". Y más adelante, en el mismo Preámbulo se afirma que "con todo ello se ha tratado de conseguir ... la institucionalización y la regulación orgánica de un sector eminente de la actividad económica, equilibrando el máximo respeto hacia los derechos de la persona y la libre y fecunda iniciativa privada con una tutela del interés social, para que todo ello redunde no solo en un mayor aumento de la riqueza nacional, sino también en un mayor progreso técnico, artístico y cultural de la publicidad misma dentro de las ideas que en el momento histórico en que vivimos imponen la conciencia social del país y las exigencias de la convivencia humana".

Cierto que tan loable propósito de reconducir a unidad orgánica la regulación del sector, se ve contradicho en la realidad como siempre que se intenta unificar en un mismo Cuerpo legal instituciones de diferente naturaleza que merecen un tratamiento jurídico distinto. Porque efectivamente el Estatuto contiene normas de diferente alcance y significación y que obedecen incluso a diversas inspiraciones en función del interés tutelado. Así junto a preceptos de verdadera eficacia general ordenadora -como los relativos a la disciplina del ejercicio de la publicidad y los que tipifican la contratación publicitaria- encontramos otros directamente referidos al sector profesional interesado cuyo asiento

acaso hubiera sido más adecuado que se situara en una disposición reglamentaria. Con ello se corre el evidente riesgo no ya solo de degradar la función propia de la primera fuente del derecho objetivo en nuestro sistema sino, lo que es más importante, de no clarificar que el alcance ordenador del Estatuto no se reduce en modo alguno a las relaciones de la actividad publicitaria en que intervenga alguno de los entes que el mismo texto contempla.

Desde su promulgación, el Estatuto de la Publicidad ha conocido el siguiente desarrollo posterior: Reglamento del Instituto Nacional de Publicidad, por Decreto de 22 de Agosto de 1.964; Orden de 5 de Abril de 1.965 por la que se aprueba el Reglamento del Registro General de Publicidad; Orden de 7 de Abril de 1.965 por la que se aprueba el Reglamento del Jurado Central de Publicidad; Orden de 30 de Enero de 1.965 de Constitución de la Junta Central de Publicidad; Orden de 1 de Agosto de 1.966 por la que se aprueba el Reglamento de la Escuela Oficial de Publicidad; Orden de 1 de Diciembre de 1.966 por la que se regula la obtención del Título de Técnico de Publicidad; Orden de 2 de Diciembre de 1.966 que complementa el Reglamento del Registro General de Publicidad; Decreto de 20 de Abril de 1.967 regulador de la Publicidad exterior (desarrollado por Orden de 27 de Febrero de 1.969) y Orden de 24 de Febrero de 1.969.

## II - DELIMITACION DE LA MATERIA DEL ESTATUTO DE LA PUBLICIDAD.

El primer quehacer que corresponde al jurista es determinar la materia que la Ley regula como propia. Acotar la parcela de la realidad viva sobre que versa el mandato contenido en la norma jurídica es presupuesto indispensable para la correcta interpretación del mandato mismo.

La heterogeneidad de normas y de instituciones que el Estatuto contempla se reconducen a unidad en virtud de su referencia a un núcleo material central en torno al que la Ley acota su alcance.

### A) La actividad publicitaria.

El artículo 1º del Estatuto declara aplicables sus normas "a toda actividad publicitaria cualquiera que sea su objeto y el medio de difusión empleado".

En rigor, publicidad es el resultado de haber hecho público algo. Actividad publicitaria y Publicidad están en relación de causa a efecto, en que aquélla sería el hacer público y éste el resultado del hacer.

El Estatuto viene a disciplinar no el efecto del hacer sino el modo o el cómo de ese mismo "hacer público". Por eso puede decir el artículo 1º que el Estatuto regula "la actividad publicitaria". Y los artículos 2º y 3º se consagran a dar el concepto del acto de publicidad. Sin perjuicio de analizar detallada-

mente en el próximo Capítulo este concepto, importa ahora retener que es tal toda divulgación cuyo fin sea la promoción de la contratación de bienes y servicios.

La utilización del término "actividad" podría inducir a pensar que el Estatuto está acogiendo el criterio de distinción entre acto aislado y acto en masa, que se traduce en una diferente regulación legal para aquél y para la "actividad" como conjunto de los realizados en conexión.

Pero lejos de ser éste así, de los artículos 2º y 3º se desprende que el Estatuto somete a sus normas lo mismo el acto aislado que consiste en una divulgación tendente a la promoción de la contratación de bienes y servicios que el conjunto de actos que se ejecutan por el mismo sujeto con idéntico fin.

No es, pues la actividad publicitaria, como encadenamiento de actos publicitarios en masa, sino el acto de publicidad en sí mismo, lo que constituye el núcleo material que acota el alcance de la Ley.

Y este acto de publicidad, en cuanto de divulgación o de comunicación indiscriminada se especifica en el Estatuto por su directa finalidad que le cualifica respecto de los demás posibles actos divulgadores de un hecho o de una situación. Tal finalidad consiste en favorecer la conclusión de otro acto -un contrato- en el que ha de intervenir uno de los sujetos a quienes se dirigió la



comunicación publicitaria. De suerte que el acto de publicidad es siempre un acto instrumental respecto de otro, que podríamos llamar principal, y que es el que se propone favorecer el anunciante.

Tampoco del contexto de la Ley se puede deducir que el acto de publicidad haya de insertarse en una actividad seriada para el mercado. La "contratación" de bienes y servicios lo mismo designa una masa potencial de contratos de idéntica naturaleza que uno solo.

En definitiva, el Estatuto de la publicidad delimita su materia en torno al acto publicitario instrumental de otro que por su contenido económico es susceptible de realizarse a través de la figura jurídica del contrato, frente a cualquier otra posible divulgación a favor de otro acto cuyo contenido no sea económico sino que pertenezca al mundo de las ideas religiosas, políticas y sociales. Es, en suma, sin decirlo, la consagración de la tradicional diferenciación entre publicidad y propaganda.

Si el acto aislado de divulgación es acto de publicidad en sentido legal, y si lo es aunque se instrumente a favor de un singular y aislado acto, que hemos llamado principal, cabe preguntarse por el sentido que tiene que la Ley hable de "actividad". El Estatuto se refiere a "actividad" no como conjunto de actos en serie ni como acto instrumental que se inserta en una masa de actos de contenido económico, sino como conjunto de elementos subjetivos

y objetivos que intervienen y se dirigen a la realización de lo que el Estatuto define como acto de publicidad.

## B) ASPECTOS DE LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA.

a) Aspecto institucional.- El Estatuto, fiel a su intención de "regulación orgánica" de la publicidad, consagra numerosos preceptos a la disciplina de los sujetos que intervienen en la actividad. "A esta idea -dice el Preámbulo de la Ley- responden los preceptos ... que contienen el ordenamiento jurídico de las llamadas Agencias, Exclusivas, Agentes y Técnicos de Publicidad. Se establecen en ellos las condiciones generales que son necesarias para el ejercicio de tal actividad profesional y la organización de un Registro General, donde habrán de inscribirse las personas que desarrollen actividades de tal naturaleza".

Sin embargo, la intervención de los entes que se han citado, y que se contemplan en el Estatuto, no implica la menor cualificación para el acto de publicidad. Este lo es desde el anunciante y por la finalidad de promover la contratación de bienes o servicios. La intervención de los entes señalados no es ni necesaria ni suficiente para calificar el acto publicitario en sentido legal, por lo que no deja de ser sorprendente que encuentren su regulación en una Ley de la naturaleza del Estatuto llamada a disciplinar la publicidad como fenómeno social mucho antes que los in-

tereses profesionales, siempre marginales por importante que sea el sector de la actividad en que se manifiestan.

Junto a estos entes de naturaleza privada, el Estatuto regula el Instituto Nacional de Publicidad, cuyo fin no es otro que el de "promover e impulsar el progreso cultural, técnico y artístico de la publicidad", dice el Preámbulo de la Ley, así como "impartir las enseñanzas necesarias -sigue diciendo el Preámbulo- para el ejercicio de la profesión publicitaria".

Dos instituciones de la máxima importancia crea y regula el Estatuto. Son la Junta Central de Publicidad y el Jurado de Publicidad. Ambas están íntimamente ligadas al aspecto disciplinario de la publicidad, y "a través de los cuales -dice el Preámbulo de la Ley- pretende que se canalicen las fuerzas sociales más directamente interesadas en la materia que se regula y más directamente afectadas por ella".

En general, todo este aspecto institucional de la actividad publicitaria está concebido como la ordenación de una categoría profesional, y presidido por criterios de naturaleza jurídico-administrativa, que, en cuanto tales, trascienden los límites de esta tesis; lo que no quiere decir, sin embargo, que no hayamos de referirnos a ellos por la importancia y el relieve que asumen en la regulación propia de la materia publicitaria.

b) Aspecto disciplinario y sancionador. - El Estatuto establece una especial disciplina del acto de publicidad en su mis-

mo ejercicio. Es éste sin duda uno de los aspectos más importantes de la nueva Ley, y por lo que se justifica su propia promulgación. Es precisamente esta disciplina, que en el Estatuto se instituye bajo el rótulo de "Principios de la Publicidad", lo que viene a cegar una importante laguna en nuestro Ordenamiento, y por lo que aboga un sector de la doctrina extranjera.

Esta especial disciplina se inserta en lo pertinente como una más, en todo el conjunto normativo que se consagra a la ordenación del tráfico. No implica por ello, en principio, una derogación sino un complemento del sistema del orden jurídico dentro del que el tráfico ha de mantenerse en aras de su seguridad, del mantenimiento del orden público económico y de la salvaguarda del principio de la buena fe.

Las sanciones que deriven de la especial disciplina jurídica de la publicidad se inscriben así tanto en el sector jurídico público como en el jurídico privado, en atención a la ratio que fundamenta aquella disciplina.

c) Aspecto contractual. - La tipificación de los contratos que se concluyen con ocasión de la actividad publicitaria dan su máximo relieve privatístico al Estatuto de la Publicidad.

Aparte la disciplina del acto de publicidad en sí, desde un punto de vista jurídico-privado, lo que señala un punto de partida, incluso para la "organización" institucional es la contratación

publicitaria, como instrumentación jurídica del acto de publicidad.

Ciertamente el contrato -o los contratos- de publicidad no agotan desde luego la actividad publicitaria, puesto que ésta es siempre el acto frente a terceros. Por eso el derecho de la publicidad no es el derecho de la contratación publicitaria sólo, pero lo que no puede dudarse es que la disciplina jurídica de la contratación y la del acto en sí como acto frente a terceros constituyen la médula de que deriva la transcendencia y significación de la nueva regulación legal de la actividad publicitaria.

### III - SIGNIFICADO DEL ESTATUTO DENTRO DEL MARCO GENERAL DE LAS DISCIPLINAS JURIDICAS.

#### A) Estructura del Estatuto de la Publicidad.

La Ley, que se sanciona de acuerdo con la propuesta elaborada por las Cortes, se divide en siete Títulos, y contiene además tres Disposiciones transitorias, una Disposición Adicional y una Disposición final derogatoria.

El Título I, que abarca los artículos 1º a 5º, se refiere al "ámbito de aplicación" del Estatuto.

El Título II, bajo el rótulo de "Principios generales", engloba los artículos 6º a 10º.

El rótulo general "De los sujetos de la actividad publicitaria y del Instituto Nacional de Publicidad" es el que la Ley da

a su Título III, que, a su vez, se divide en dos Capítulos, de los que el I trata "de los sujetos" (arts. II a 19) y el II "Del Instituto Nacional de Publicidad" (arts. 20 a 22) .

El Título IV es el que se refiere a "los contratos publicitarios", dividiéndose en cuatro Capítulos. El I de ellos (arts. 23 al 30) se intitula "disposiciones generales". El Capítulo II, que se refiere al "contrato de publicidad y contrato de obra publicitaria", se sistematiza en dos Secciones, contemplando cada una de ellas uno de los dos tipos contractuales referidos, y extendiéndose en conjunto del art. 31 al 42. El Capítulo III (arts. 43 al 53) disciplina el "contrato de difusión o de tarifa publicitaria". El Capítulo IV en el articulado que va del 54 al 59 se refiere al "contrato de mediación o comisión publicitaria".

El Título V trata "de la Junta Central de Publicidad y del Jurado" en los artículos 60 a 62.

Bajo el rótulo "De la jurisdicción", los artículos 63 a 69 quedan comprendidos en el Título VI.

Por último, el Título VII, en los artículos 70 y 71 se refiere a "las creaciones e ideas publicitarias".

El contenido del Estatuto de la Publicidad es, en principio, como se ve, fiel al propósito que se proclama con reiteración en su Preámbulo, porque efectivamente, centrada la materia legal en torno al acto de publicidad, atrae éste al ámbito de

la regulación las instituciones y relaciones jurídicas que a su instrumentación y ejecución se refieren.

B) El particularismo del Estatuto. Alcance de su artículo 4º,

No parece ocioso detenerse en el examen del encuadramiento del Estatuto dentro del marco general del ordenamiento positivo.

Se ha afirmado que "el sistema español de derecho de la publicidad ostenta una larga serie de innovaciones respecto al esquema general de nuestro Derecho", y que "hay, en efecto, en el Estatuto instituciones ambiciosas y modernísimas que hasta hace muy pocos meses sólo conocíamos a través de la más avanzada doctrina y jurisprudencia de países más adelantados que el nuestro". Tras repasar tales instituciones, el mismo Autor afirma que "el derecho de la publicidad tiene en España los caracteres típicos de un derecho especial" (18). Sin tanto énfasis pero en parecido sentido se expresa FUSI, cuando refiriéndose a Italia, sostiene que "hoy la publicidad tiene su disciplina jurídica, tiene su Ley, su jurisprudencia. Se puede entonces casi hablar -aunque sea simplemente en embrión- de un derecho de la publicidad." (19).

Es algo absolutamente evidente que la publicidad se regula en España por una Ley especial, en cuanto que establece la normativa "sobre una institución o una serie de relaciones determinadas" (20). Por consiguiente, lo que de insidioso puede deducir-

se de las apreciaciones doctrinales señaladas no está en la afirmación de la especialidad de la regulación legal de la publicidad, sino en la reivindicación de particularismo que parecen contener.

Afirmar la autonomía de una rama del Derecho implica tomar como punto de partida una "peculiar ordenación de fuentes y ... un sistema propio de principios". (21).

Resuelto el legislador español a reconducir a tratamiento jurídico unitario el fenómeno de la publicidad, le resulta insoslayable contemplarlo desde las diferentes perspectivas que suponen los sectores de la realidad social sobre los que incide. Este perspectivismo descubre una doble óptica posible.

Por un lado, la publicidad se manifiesta, como afirma el Preámbulo del Estatuto, como un "sector eminente de la actividad económica", que, por lo tanto, se desarrolla por unos sujetos concretos y se traduce jurídicamente en un volumen de contratación tan considerable como "eminente" es la actividad. Son los aspectos institucional y contractual de que ya se ha hablado.

La propia estructura de la publicidad implica que la actividad que la tiene por objeto se resuelva en una serie de - creaciones inmateriales que, junto a otros elementos, circulan juntamente a virtud de las disposiciones contractuales de los sujetos que intervienen. También aquella estructura y sus formas de manifestación repercuten en parcelas reguladas jurídicamente. Los de-



rechos de la personalidad, la salvaguarda del Orden jurídico y social, las reglas del derecho de la información son otros tantos sectores que se ven afectados por el fenómeno publicitario.

Pero a la vez que es posible esta visión de la publicidad determinada por lo que su instrumentación es en si misma, cabe una segunda perspectiva que la contemple por su finalidad. Es la comprensión de la publicidad que desde la iniciación misma del Preámbulo del Estatuto se advierte cuando la considera "como medio poderosísimo de difusión de bienes de consumo y de servicios y via de obtención de prestigio para marcas, nombres y denominaciones comerciales e industriales". El fenómeno publicitario es entonces relevante por su repercusión en la conclusión de negocios y en la alteración de las circunstancias de una situación concurrencial. Lo que la publicidad es en si misma cede ahora ante lo que de adjetivo y procedimental tiene desde el sector de las obligaciones en general, y del derecho de la competencia.

Todos los sectores de intereses que se han mencionado tienen su propia regulación jurídica con anterioridad desde luego a la promulgación del Estatuto. A excepción, claro está, de lo relativo al aspecto subjetivo o institucional que, sin embargo, no puede dudarse de que resulta lo menos trascendente desde un planteamiento jurídico-privado y desde una comprensión del fenómeno por su incidencia social.

Que el Estatuto contenga la regulación de los entes -que él llama "sujetos"- que intervienen en la actividad publicitaria no implica que su materia no venga constituida desde un criterio objetivo exclusivamente. El Título I de la Ley, que se refiere al ámbito de su aplicación, no deja lugar a dudas de que se aplicará a todo acto de publicidad, con independencia de los sujetos que intervengan en su ejercicio efectivo o en su instrumentación. La regulación legal de los sujetos obedece, como es sabido, a la intención de reducir a esquema "orgánico" el régimen jurídico de la publicidad, por lo que el legislador creyó oportuno incluir las definiciones y clasificaciones que se refieren a las Agencias, exclusivas, agentes y técnicos. Pero esta inclusión no tiene la menor trascendencia para la calificación de las normas y menos aún debería tenerla para su aplicación. En rigor no hay más sujeto que el anunciante. Y serlo no es ni una profesión ni desde luego un status sino una simple cuestión de hecho que deriva del acto de la realidad de haber efectuado un anuncio. El derecho de la publicidad en consecuencia no es un derecho profesional, y por ello la disciplina jurídica no regula unas situaciones y relaciones profesionales. Su eficacia ordenadora es general y se extiende a todos los supuestos en que se realice por cualquiera un acto de publicidad en sentido legal. Del mismo modo a que un caracterizado Autor señala que las reglas relativas a los comerciantes -en

aquellos sistemas bipartitos del derecho privado- aunque constituyan un derecho profesional en formación nada implican respecto a la necesidad de la calificación de las demás normas según su naturaleza (22), debe concluirse aquí con mayor motivo que las reglas relativas a los llamados "sujetos" de la actividad publicitaria aunque sean germen de un conjunto de normas para profesionales, nada seponen respecto de la necesidad de calificar todas las demás contenidas en la Ley según su propio ratio.

El nuevo régimen de la contratación publicitaria no viene sino a extraer a ciertas figuras contractuales de la categoría heterogénea de las innominadas y atípicas. La Ley les da ahora nombre y determina -tipificándolas- el contenido obligatorio que ya la tipificación social les había señalado. Pero ello no significa, como es obvio, que esta función tipificadora venga a constituir un sector autónomo de ciertas relaciones obligatorias, sino que ciertamente deben considerarse como otras cualquiera dentro de la dogmática y régimen jurídico generales de las obligaciones y contratos.

Lo mismo cabe decir respecto de los demás sectores afectados. Si éstos son los de los derechos de la personalidad, los del orden jurídico y social, en general, los del derecho de la información, las normas que en el Estatuto se refieren a ellos habrá que integrarlas con las demás que constituyen los conjuntos

normativos que singularmente los tutelan y disciplinan en nuestro ordenamiento.

Que la actividad publicitaria da lugar al nacimiento de ciertas creaciones intelectuales que el legislador considera dignas de tutela no comporta en principio que se derogue el sistema general de la protección de las llamadas propiedades especiales en nuestro Derecho. Las nuevas normas vendrán a completarlo y perfeccionarlo de acuerdo con las nuevas manifestaciones y exigencias sociales. Pero ésto es algo que por definición siempre ocurre en el mundo jurídico que enfrenta nuevas situaciones creadas.

El carácter adjetivo de la publicidad respecto a la alteración del signo de la competencia evidencia que en todo caso la nueva disciplina habrá podido venir a cubrir una laguna en el conjunto normativo que regula la competencia en sí que es el fenómeno genérico al que se reconduce el de la publicidad aunque sea ésta hoy la forma en que se manifiesta la más agresiva competencia. Por esta razón circunstancial resultará oportuno acudir a cegar la laguna pero sin que ello represente que los principios que inspiran la protección de la competencia fueran desconocidos en nuestro Derecho o resulten ahora contradichos e invalidados por otros nuevos, propios y singulares.

Si acaso, donde me parecería advertir la posibilidad de que el legislador hubiera dejado sentir una más profunda

vocación renovadora es en lo relativo a la repercusión de la publicidad en la conclusión de los negocios jurídicos. A una pacífica discusión de las condiciones del contrato, a un reposado iter negocial sustituye ahora una rápida, anónima e indiscriminada proposición de concluir negocios. Esta realidad social innegable y avasalladora sí podía haber decidido al legislador a considerarla como materia de una nueva formulación de la disciplina jurídica de las obligaciones y contratos. Claro es que incluso aunque lo hubiera hecho, siempre entrarían las normas dentro de la general disciplina de las obligaciones. Pero justamente es ésta una cuestión que no se afronta en el Estatuto expresamente. Aunque sí se considere el interés de los destinatarios de la publicidad a no ser equivocados en las comunicaciones que se les dirijan. Pero se advierte que este llamado principio de veracidad, aunque en último término sea eficaz respecto de la contratación, se sitúa en un plano genérico y previo a la conclusión, técnicamente entendida, de los negocios.

No me parece que pueda sostenerse que el Estatuto se inspira en unas nuevos y desconocidos principios que entrañen valoraciones revolucionarias respecto a las que fundamentan las generales de nuestro Ordenamiento. El respeto a la libertad y dignidad de la persona, el respeto a las Leyes, y las instituciones que presiden la convivencia social, la salvaguarda de la pureza

informativa, la del orden público económico, la tutela de las creaciones espirituales, y, hasta, si se quiere lleva a extremos máximos la veracidad publicitaria, el principio de la buena fe en la contratación en general, todos ellos son principios que inspiran la nueva normativa y todos ellos son principios que se encuentran a la base del desarrollo jurídico positivo español. Nada hay que decir respecto a los que inspiran las disposiciones relativas a la contratación publicitaria.

La regulación de los sujetos que intervienen en la actividad publicitaria tampoco responde a principios desconocidos o nuevos en nuestro Ordenamiento. La calificación jurídica sustantiva de aquéllos, la exigencia de títulos de capacitación profesional, los requisitos administrativos se encuentran por lo general en cualquier regulación de nuevas categorías profesionales.

Que una nueva Ley venga a enfrentar y tratar de resolver los problemas de un conjunto de relaciones no significa en modo alguno que ella responda a nuevas valoraciones contrarias a las tradicionales, aunque por definición venga a dar nueva regulación y tratamiento a las instituciones de que se ocupa. Y esto es así incluso si la Ley viene a disciplinar relaciones huérfanas hasta entonces de regulación positiva.

La nueva Ley de la publicidad no significa otra co-

sa sino que el legislador ha aislado ese conjunto de relaciones para sistematizar alrededor de él una disciplina jurídica. Pero con ello ni las normas merecen una calificación en bloque ni se desarraigan de los principios que inspiran otros conjuntos normativos que se refieren a los sectores sociales sobre los que aquéllas relaciones inciden. El argumento cobra si cabe mayor relieve al pensar que realmente es difícil sustentar la autonomía de una normativa sistematizada en torno a la publicidad. Porque realmente ésta en sí no es nada sustantivo sino, por el contrario, adjetivo o modal. Lo sustantivo es el ataque a los derechos de la personalidad, al orden jurídico y social, a la información, al orden público económico; lo adjetivo que aquél se produzca con, por o a través de la publicidad. Variarán con ellos las circunstancias de la disciplina del acto y la sanción jurídica, pero una y otra existen con anterioridad y con independencia de la contemplación legal de la publicidad. Lo sustantivo es la conclusión de los negocios, el valor de la declaración unilateral de voluntad, la responsabilidad extracontractual; lo adjetivo la significación de la publicidad en relación a la génesis y el contenido de los contratos. Lo sustantivo es el reconocimiento de la tutela a las creaciones intelectuales y la circulación de los derechos que comporta, es adjetivo que tales creaciones se produzcan como consecuencia de una actividad publicitaria.

Las normas positivas sistematizadas en torno a la publicidad han de ser interpretadas y valoradas por su integración específica en cada uno de los conjuntos normativos a que por su "ratio" se reconducen.

Pero en este orden de cosas es forzoso referirse a lo establecido en el artículo 4º del Estatuto que suscita las mayores dificultades por parecer que viene a instaurar un sistema peculiar de fuentes de la materia publicitaria.

Lo primero que al intérprete le resulta claro de la lectura de tal precepto es su inexplicable directa inspiración en el artículo 2º del Código de Comercio.

La situación del artículo 4º dentro del Título I de la Ley que trata del ámbito de su aplicación, y su misma letra parecen indicar la voluntad legal de expresar una ordenación jerárquica de las fuentes del derecho objetivo de la materia publicitaria. (23).

Pero realmente no es posible avanzar un solo paso en esa dirección. En efecto, el artículo 4º señala que "la publicidad se registrará por los pactos y contratos válidamente celebrados entre las partes". La disposición no puede dejar de causar perplejidad al intérprete que inexcusablemente ha de preguntarse por el sentido que pueda tener afirmar que el contrato registrará la publicidad,



Porque ésta o bien es el simple hecho del conocimiento público, esto es, el resultado de la comunicación, o bien es el acto mismo comunicativo. Obviamente la Ley tiene forzosamente que referirse a esta segunda acepción que es la propia de la "actividad publicitaria". Pero el hacer en que la comunicación consiste en cuanto tal "hacer" puede constituir materia de contrato, pero no ya la eficacia a las consecuencias del hacer. Vuelven a perfilarse los dos fundamentales grupos de normas. Uno el de las relativas a la contratación publicitaria. Otro el que disciplina jurídicamente el acto de publicidad por su potencialidad influyente en sectores de la realidad que se considera que merecen protección. El hacer publicidad se instrumenta contractualmente y en este sentido las partes pueden acordar válidamente cuanto estimen conveniente a sus intereses particulares. Pero la otra dimensión de la actividad publicitaria no puede estar regida por el contrato. Y no por la naturaleza imperativa de las normas que contienen la especial disciplina jurídica, sino por la propia naturaleza de las cosas. Los Autores que han comentado hasta el presente el Estatuto al referirse al artículo 42 inciden en la diferenciación entre normas de derecho dispositivo y normas imperativas (24). La razón está en que el precepto señala que los pactos y contratos regirán la publicidad "siempre" que no sean contrarios a lo dispuesto en el ... Estatuto".

Pero en mi opinión se trata de dos cuestiones por

completo diferentes. Una es el valor de las disposiciones contractuales contrarias a las normas positivas, y otra muy diversa enfrentar el planteamiento de principio de la interpretación del artículo cuarto. Ciertamente, respecto al primer punto no puede dudarse de la necesidad de la previa calificación de la norma en coactiva o dispositiva. Pero ahora, creo que la cuestión sustancial es la segunda.

En efecto, no es que existan unas normas en el Estatuto que por su carácter imperativo sean inderogables por disposición contractual, es que la ley contiene unas reglas sobre una materia que no es susceptible de integrar el contenido de un contrato, por la propia dogmática del derecho de obligaciones.

La disciplina jurídica de la actividad publicitaria por sus resultados o efectos en ciertos conjuntos de intereses se impone en la ley en atención a esos mismos efectos con total y absoluta independencia de las previsiones de las partes en el posible contrato, de que no hayan previsto nada o de que incluso no exista contrato alguno.

El contrato es ley entre las partes pero dentro del ámbito de una materia de disposición contractual y dentro de los límites del contenido que en cada caso les es propio. El fenómeno publicitario en sus consecuencias escapa por definición de aquél reducido ámbito y queda sometido a las reglas del Derecho obje-

tivo que lo disciplinan con carácter general.

De suerte que la inmediata referencia legal al contrato en el artículo cuarto desvirtuaría cualquier posible pretensión de querer ver en él la determinación de un sistema jerárquico de fuentes del derecho objetivo de la materia. En las materias que sean de disposición contractual rige el contrato entre partes siempre que no se oponga a lo dispuesto en la Ley. Esta es la única interpretación posible del artículo cuarto que no hace, como se advierte, sino reiterar el principio general de nuestro sistema privado de la autonomía de la voluntad, que, por su parte, encuentra su límite en las normas de derecho necesario.

El artículo cuarto se refiere además a los usos comerciales, estableciendo su subsidiariedad respecto de las normas de carácter coactivo, de las cláusulas contractuales y de las normas incluso de carácter dispositivo que el Estatuto contiene. Esta invocación del uso no debe verse fuera del propio contexto del precepto. Los usos, según el artículo cuarto, son llamados a regir las relaciones contractuales supliendo la voluntad no declarada y si es que no hay precepto aplicable en el Estatuto. Son, por lo mismo usos normativos y no meramente interpretativos pero dentro del ámbito de la relación contractual. Se trata en suma del llamado uso de los negocios que se delimita con toda claridad en la juris--

prudencia como aquél al que las partes se entiende que se supeditan por ser regla usual en el sector del tráfico donde operan "si es que el derecho positivo nada previene y de modo expreso no lo han excluido". Los usos del Artículo cuarto no son llamados a regir la actividad publicitaria sino en cuanto ésta se traduce en unas relaciones obligatorias, que las partes asumen en la instrumentación del acto de publicidad. Su disciplina jurídica en atención a los sectores de intereses afectados es algo que claramente excede el marco en que puede resultar eficaz un uso. Acaso sería una excepción la normativa referente a la disciplina de la publicidad por su transcendencia en el campo de la competencia. Pero justamente en tales normas se contiene en la ley una expresa referencia al uso que - viene así a completar su contenido (cfr.art.10), y sólo en el ámbito de las relaciones contractuales tiene sentido además el objetivo - de "comerciales" que se da en el artículo cuarto a los usos. Qué uso, y sobre todo qué uso "comercial" puede regir las consecuencias de la actividad publicitaria en el sector del orden institucional y del mantenimiento de una moral social? Cuál, cuando el sector - sea el de respeto a la persona o el de la independencia de la información? Qué uso incluso puede invocarse válidamente para hacer - más flexible el principio de veracidad que el Estatuto consagra? O cuál otro, en fin, puede sostenerse para justificar unas actividades que afecten a cualquier sector de intereses no comerciales?

El artículo cuarto del Estatuto no contiene una jerarquía de las fuentes del derecho aplicable a la actividad publicitaria. Sólo la establece para el aspecto de ella que se desenvuelve a través de los contratos. Resulta sin embargo innegable el desacierto del legislador en la formulación del precepto. En este punto no ha sabido distinguir los diversos aspectos desde los que cabe contemplar la publicidad. Como fenómeno socio-económico que incide en múltiples sectores de ~~intereses~~ patrimoniales y no patrimoniales, tiene una significación muy distinta a la que le corresponde si se considera ella misma un "sector de la actividad económica" que se desarrolla por medio de unas relaciones contractuales, y que permite ser contemplada como actividad profesionalizada que implica unas interrelaciones entre los sujetos que la ejercen.

Pero aún reducido el artículo cuarto al campo de la contratación publicitaria, resulta también censurable su inciso final que dispone la aplicación "en último término" de las "normas de derecho común". Esta expresión tiene su contenido técnico muy preciso que tampoco parece que es del todo respetado en el texto. Porque aquí no cabe sino referirlo a todo el derecho positivo que no es estrictamente la ley de publicidad.

No hay que decir que este inciso final del artículo - cuarto todavía se convierte en un argumento más a favor de consi-

derar el precepto referido sólo al círculo de las relaciones obligatorias en materia publicitaria. Porque para cada uno de los sectores de intereses afectados, el Ordenamiento contiene conjuntos normativos que han de ser aplicados - con independencia de su carácter imperativo o dispositivo - cuando aquellos intereses se vean amenazados o efectivamente lesionados. Tales normas son fuentes del "derecho de la publicidad" estén donde estén y de cualquier modo que se encuentren formuladas.

Incluso dentro del campo de la contratación publicitaria la invocación final al derecho común resulta extraña y poco explicable, puesto que la llamada expresamente se efectúa después de la invocación al uso. Cabría plantearse si una norma imperativa contenida en el llamado derecho común queda derogada - por un uso que sea contrario a ella. Claro es que en materia de obligaciones el principio es el de autonomía de la voluntad y la excepción la norma imperativa. Pero aún así es imprescindible medir el alcance del precepto.

Por aplicación del principio interpretativo de concordancia de las leyes y sobre todo por el sistema instaurado en el artículo 5 del Código Civil de general aplicación por la eficacia ordenadora de su Título Preliminar es forzoso concluir que el artículo 4 del Estatuto tiene como materia lo que se podría denominar as-

pecto "dinámico" de la relación contractual, ésto es, el contrato - en su funcionamiento y en su contenido obligacional, en sus prestaciones en suma, pero no el contrato en su génesis y en su eficacia última obligatoria. En efecto, el Estatuto de la Publicidad tipifica los contratos pero ello no supone en modo alguno una revisión de la dogmática contractual. En punto a la génesis y eficacia del contrato regirán las normas generales de la contratación, no en contra del artículo 4 del Estatuto sino fuera de él porque ciertamente el carácter supletorio y último que establece para las normas que no se encuentran en el Estatuto no se refiere a las que rigen la materia en cuestión.

La situación del artículo 4 en el título I de la ley ~~se~~ lo puede venir justificada por la preocupación del legislador de no despertar la inquietud de las clases profesionales más directamente interesadas, haciendo de entrada una paladina proclamación del dogma de la autonomía de la voluntad, sin medir que éste es sólo aplicable a la materia de disposición contractual en sentido propio y, a lo sumo, a las relaciones interprofesionales de los entes intervinientes. Pero ni lo primero agota la materia que se reglamenta en su significación general, ni lo segundo es acaso propio de una disposición con rango de ley formal que por definición dirige su eficacia ordenadora al ámbito de la convivencia social y no a

la composición de unos particulares intereses de clase, por estimables que éstos sean (26).

El artículo 4 del Estatuto no contiene sistema jerárquico de fuentes del derecho de la materia publicitaria, y no puede por consiguiente, servir de fundamento a ninguna consideración particularista de ese derecho. No es inútil sin embargo resaltar la conveniencia de su derogación o al menos de su traslado a lugar más adecuado dentro del Estatuto - lo sería el Capítulo I del Título IV - y de la corrección de sus términos que impidieran amalgamar confusamente los contratos, las normas legales especiales, los usos, y un difuso "derecho común".

El Estatuto de la Publicidad es una ley especial más que con mayor o menor fortuna viene a regular una materia huérfana en muchos aspectos de tratamiento jurídico, y se integra como cualquier otra ley en el sistema general de nuestro Ordenamiento.

Pero esta afirmación nos reconduce a una nueva perspectiva del examen de la calificación de las normas. Porque es lo cierto, que aun quienes no se detienen en reivindicar una particular autonomía para el derecho de la publicidad, tratan de señalar - su conexión a alguno de los dos sistemas en que se encuentra escindido el derecho privado positivo en nuestros días. Concretamente es cierta la evidente vinculación de la publicidad al principio de la



competencia y a los signos distintivos en general así como a la - circulación de los bienes y a la contratación de los servicios a que se refieren aquéllos. Sobre esta base no faltan Autores que sostengan que el derecho de la publicidad se adscribe al llamado modernamente derecho industrial (27). Lo que en definitiva comporta de hecho remitir la ley de la publicidad al ámbito del Derecho Mercantil (28).

La publicidad, como fenómeno social, surge históricamente vinculada al comercio, por servir inestimablemente a las necesidades de concluir rápidamente los negocios de disposición sobre mercaderías y de encontrar suministradores. El fenómeno se desenvuelve al compás del desarrollo del tráfico (29). Por eso - tiene razón el Preamble del Estatuto cuando, según la cita que - más arriba se ha transcrito, considera la publicidad como medio poderosísimo de difusión de bienes y servicios, y procedimiento para la revalorización de los signos distintivos; estimando su volumen actual como cambio trascendental " en la estructura de la producción y del mercado de bienes y servicios".

Porque efectivamente, el presupuesto sociológico del fenómeno publicitario en su actual manifestación, viene constituido por el tráfico auspiciado por la producción industrial en serie. Encontrando su máximo apogeo en una sociedad de consumo y post-industrial.

Ahora bien, en este punto, me parece indispensables unas consideraciones de principio. Porque, observado en su conjunto el Estatuto de la Publicidad, se advierte, como se ha repetido aquí, que encierra normas de muy diferente alcance y significación en atención al sector que se ve afectado por el fenómeno.

La publicidad es, sin género de dudas, un factor del mundo económico. Pero las actuales circunstancias de la organización social, política y económica le brindan por un lado técnicas que le extraen del contexto típico de las relaciones negociables, y, por otra parte, permiten advertir su incidencia en sectores ya muy cualificados de la convivencia social que no son estrictamente económicos. Y ello tanto por la complejidad de la organización social de nuestros días que implica la especialización de diversas ciencias - que sobre ella recaen -sociología, economía, ciencias psicológicas y de la comunicación de masas -como por la innegable interconexión de los fenómenos de signo social.

Por lo tanto, ya en un primer momento, me parece - necesario distinguir entre las consecuencias que la publicidad tiene en el mundo de la economía y las que se advierten en otros sectores no específicamente de contenido económico. Como son la paz - social y el orden jurídico, los valores éticos y estéticos, los derechos de la personalidad y el derecho a la información.

Diferenciación que no puede negarse entraña una insuperable dificultad para la calificación en bloque de las normas contenidas en el Estatuto.

Dentro ya de las que se refieren a la economía o que tienen su finalidad en relaciones de contenido económico, - creo que resulta evidente para cualquiera que tampoco todas las normas tienen igual carácter. Y nos encontramos junto a las relativas a las obligaciones y contratos, otras referentes a los derechos patrimoniales sobre bienes inmateriales, y junto a las que - tienden a regular la competencia, otras que se establecen en vistas de la potencialidad que el acto publicitario encierra para determinar a los destinatarios a la contratación principal que el anunciante se propone.

Se comprende entonces que se hace imposible remitir también en bloque las normas que caben en el área de esta segunda perspectiva a uno de los dos sistemas en que de iure con dito se escinde el derecho privado. Porque unas se integrarán - necesariamente en conjuntos normativos claramente ajenos al dere cho mercantil como sistema que hoy nos es dado manejar positivamente. Remitiéndose entonces a aquellos conjuntos, es evidente que no podemos pretender que se inserten en el sistema que por su - peculiar ordenación de fuentes impediría aquella imprescindible in-

tegración. Tal ocurre con los preceptos -muy importantes en la ley y en la práctica publicitaria- relativos a los derechos sobre las -- "creaciones" en materia de publicidad, que necesariamente se insertan en la legislación de derecho común, sin que resulten ajenos incluso los principios que inspiran la legislación del trabajo, atendida la realidad de que tales "creaciones" se produzcan en virtud de una relación de servicios.

Por todo ello quizás, uno de los Autores que con más autoridad se ha ocupado del Estatuto, el profesor FERNANDEZ - NOVOA, aunque no entra en esta cuestión, al fijarse en el conjunto de normas que en él se contienen no deja de resaltar su heterogeneidad (30).

Incluso si únicamente se atiende a las normas que tocan a la competencia a través de la publicidad, que es sin duda - donde está más presente su conexión a las reguladoras del tráfico, no pueden soslayarse dos apreciaciones fundamentales. De un lado que -como es habitual ya en toda esta materia- la disciplina se encuentra fuertemente impregnada de carácter público. Y de otro, en conexión con lo anterior, que aunque no deja de atenderse a los aspectos de deslealtad en la competencia -desde luego desde principios públicos- fundamentalmente ello deriva de una consideración de

.

la publicidad en cuanto afecta al fenómeno mismo de la competencia, como principio inspirador de la actual organización económica.

De suerte que en la disciplina jurídica de la competencia a través de la publicidad pesan más las consideraciones de la organización económica a que la competencia sirve, que las que merece este fenómeno como típico del tráfico comercial, por la lucha competitiva. (31).

Porque efectivamente ha sido la producción industrial en serie la que forzó un nuevo ensanchamiento de la materia mercantil tradicional. Pero son las "actuales" circunstancias de esa producción las que evidentemente condicionan una nueva mentalidad en el enfrentamiento de las consecuencias que se generan en la total organización social y económica. El fenómeno del "consumismo" y las aplicaciones tecnológicas más complicadas y costosas, creo que son algo más trascendentales que lo que parece deducirse del tratamiento que reciben en los periódicos. (32).

Por eso, el Estatuto de la Publicidad no deja tampoco de contemplar las consecuencias del fenómeno en los destinatarios-consumidores (cfr. art. 8). Y no ya en cuanto se puede producir un desvío desleal de clientela sino en tanto que la publicidad no debe alterar injustificadamente el signo de la satisfacción de las necesidades por parte de los consumidores, que

es algo que además, en nuestros días, se contempla como pieza fundamental de una programación económica general.

Pero, además, y creo que es muy importante, no se encuentra en el Estatuto un solo precepto que autorice a reducir su eficacia a los supuestos en que el anunciante sea comerciante o, en términos más modernos, ejerce una actividad planificada para el mercado. No puede dudarse que ha sido la utilización de la publicidad en ese contexto la que ha determinado al legislador a promulgar el Estatuto. Ni que muchas de sus normas están concebidas pensando en tal circunstancia. Pero ello no ha obstado para que cuando la Ley determina el ámbito de su alcance material, lo haga ateniéndose rigurosamente a criterios objetivos y sin referirlos al contexto -si se quiere natural, pero no esencial- de la publicidad comercial. Lo que supone indiscutiblemente un punto de observación que obtiene la certeza de la generalización del fenómeno publicitario. Como no podía ser menos al contratar que es algo que toda persona puede hacer, y que puede referirse a multitud de contenidos, sea cuál sea el carácter o cualidad del anunciante. Sobre todas las cosas y sobre todos los servicios -dentro de los límites generales- puede contratarse luego cualquier estímulo a esa contratación -con las características estructurales determinadas- es publicidad, que, en la amplitud de los términos legales, queda sometida a la normativa es-

tatutaria. (33).

Pienso que, tras estas consideraciones, solo cabe una conclusión con pretensiones de exactitud. La de que, aun dentro de la perspectiva de la incidencia de las normas en el sector de la economía, las que integran el Estatuto de la Publicidad se pueden incordinar en los conjuntos normativos de la organización económica. Siendo parte, por consiguiente, de aquel sector del Ordenamiento que se refiere a la economía, pero sin resistir un reenvío al sistema conocido como Derecho mercantil, esto es, al Derecho mercantil tradicional. Y, como todo aquel sector a nuestra altura histórica, también el Estatuto está eminentemente publicado.

De modo que un fenómeno natural en su orígenes al comercio, y aun hoy día "natural" al mismo en su moderna versión de actividad planificadora para el mercado, no solo ha vivido al margen del Derecho mercantil tradicional, sino que cuando se atrae a un régimen jurídico positivo tiene que ser contemplado desde fuera del mismo, integrándose con numerosos y muy diversos conjuntos de normas y, en definitiva, insertándose en el todo y único Ordenamiento positivo.

Lo cual, por otra parte, me parece que puede ser de alguna utilidad como contraste confirmatorio de la tesis que el Profesor RUBIO viene sosteniendo sobre la naturaleza y concepto

del Derecho mercantil (34) constituyendo acaso la publicidad uno de los supuestos más reveladores en la materia.

Porque no puede afirmarse que el legislador de 1.885 desconociera el fenómeno publicitario, ni que fuera una reciente novedad. Ya el Código de 1.829 en su artículo 17 se refiere a él con un sentido análogo al que tiene la referencia del artículo 32 del Código vigente. Nada menos que sirve para fundar la presunción legal del ejercicio habitual del comercio. Y no estará de más recordar que en 1.730 en Inglaterra se fundó por un grupo de comerciantes el "Daily Advertise" que solo contenía anuncios. (35).

Sin embargo, reconociéndose esa natural vinculación con el comercio, la publicidad no merece la más mínima atención por la primera de nuestras leyes mercantiles. Ni en cuanto reclamo de los comerciantes, ni en cuanto materia de contratación. Una institución nacida del comercio y que rinde sus mejores frutos en el mismo, se deja fuera del régimen que aparentemente se inspira en las necesidades que dimanar del comercio mismo, hasta el punto de creer que justifican un sistema jurídico peculiar.

Claro es que en ello puede también fundamentarse el repetido reproche al legislador por haberse inspirado en el criterio objetivo del acto aislado, que le ha impedido ver que lo



decisivo es su incardinación en lo que, en terminología de hoy, diríamos contexto de la explotación para el mercado. Que me parece -y no quisiera equivocarme- que es lo que en relación con este tema ha podido determinar el Profesor GARRIGUES a incluir el estudio de los contratos publicitarios en el segundo tomo de la quinta edición de su "curso". (36).

Pero en cualquier caso me parece que es válida la apreciación señalada antes de que muy difícilmente se justifica la omisión del legislador si es que se parte de considerar que la autonomía del derecho mercantil se fundamenta en esas -necesidades intrínsecas a una serie concreta de relaciones. Y, mucho más, si aun esas relaciones se consideran como meramente sociales o hechos de la realidad (37) porque entonces si que parece inexplicable que no se haya tenido en cuenta incluso el aspecto de la publicidad como mero acto de reclamo facilitador de las relaciones negociales de los comerciantes. (38).

Pero, por otro lado, creo que puede advertirse que admitiendo sin reservas la efectiva vinculación de la publicidad a la actividad racionalizada para el mercado, sin embargo, se hacen evidentes varias cuestiones. La primera que no insoslayablemente la vinculación significa exclusivismo. Lo que no deja de ser sino una muestra inequívoca del proceso de generalización que se observa desde diversos sectores de instituciones

típicas de tráfico mercantil. Y que parece avalar, en mi opinión, la tesis de que la justificación de un tratamiento jurídico debe encontrarse antes objetivamente, atendida la institución o las relaciones en sí mismas, que a través de un reconocimiento de especialidades que le sean inherentes por un proceso apriorístico de lógica formal. (39).

En segundo lugar, resulta que si por su finalidad el fenómeno publicitario se vincula naturalmente al tráfico, sin embargo, por su peculiar estructura y manifestación no es susceptible de un régimen jurídico que sólo lo contemple bajo ese aspecto, puesto que, como se ha argumentado, incluso en sus facetas tocantes al mundo de la economía no puede encerrarse en los límites del Derecho mercantil tradicional. Porque muchas de las normas que le son aplicables tienen necesariamente que romper el molde impuesto por el artículo 2º del Código de Comercio. Y porque, singularmente, la producción en nuestros días las técnicas sensorias y las valoraciones sociales imperantes exigen un nuevo enfrentamiento de los fenómenos del mundo económico, de signo muy diverso al que podía valer para los problemas que presentaba únicamente el tráfico en sí. Lo que comporta una innegable publicación de las normas que se compadece mal con el carácter eminentemente privado del tradicional Derecho mercantil.

La conclusión final, solo puede ser, como se ha

dicho, la de que el régimen jurídico de la publicidad, tal como se contiene en el Estatuto, constituye una nueva manifestación de las reglamentaciones jurídicas del sector económico, prescindiendo desde luego de las normas que ni siquiera tienen relación con ese importante mundo de la economía.

Y consiguientemente, no puedo dudar al momento de sostener que, en este sentido, el Estatuto de la Publicidad es simplemente una Ley especial que ni comporta particularismo ni autonomía alguna, ni debe dejar de ser interpretada y completada en relación con todas las demás normas del Ordenamiento, sea el que sea el lugar en que se encuentren.

#### IV.- PLAN DE LA TESIS.

De conformidad con lo que se ha venido manteniendo en los epígrafes precedentes, la presente tesis se divide en dos partes diferenciadas, de las que la primera se ocupa de la actividad publicitaria en sí, y la segunda de la contratación publicitaria.

Centrado el núcleo de la materia legal en el acto de publicidad, como divulgación al público, parece normal que nuestra primera atención se dirija al análisis de ese acto, y, partiendo del concepto del mismo, estudiar las características jurídicamente relevantes del sujeto que lo ejerce y cuanto se refie-

re a su objeto, completando la indagación con el estudio de la forma con que se nos aparece. A estos aspectos se consagran los Capítulos II y III.

Una vez conocido y delimitado el acto de publicidad y las circunstancias subjetivas, objetivas y formales del mismo, es posible avanzar en el análisis mediante la exposición de cuanto se refiere a su ejecución. Porque efectivamente por tratarse de un acto de comunicación, en definitiva de un acto de transmisión de ideas e imágenes, la ejecución comporta la necesidad de un soporte o vehículo de comunicación. Es lo que en la terminología comercial, y en la Ley que la ha asumido, se conoce con el nombre de "medio" publicitario. Por fidelidad a la Ley y por la relevancia que sin duda tienen en orden a la disciplina jurídica de la publicidad y a la contratación publicitaria, a continuación del "medio", se analiza lo referente a las Agencias, Agentes y Técnicos de publicidad, que son los entes que intervienen en la instrumentación técnica del acto con una innegable dimensión profesional por virtud de la complejidad que ha alcanzado tal instrumentación en consecuencia con el desarrollo de las técnicas de encuesta e investigación y de influencia y penetración de los grupos sociales. Ciertamente que, nuestra referencia a estos entes será sumamente fiel a la preceptiva legal, y su tratamiento procurará no olvidar el criterio de generalidad que, a nuestro juicio, debe presidir aquella sin descender a un casuismo que si pudiera tener interés desde el ángulo

profesional, pudiera también ser un obstáculo a la general comprensión del fenómeno desde criterios exclusivamente jurídicos. El Capítulo IV viene a ser un complemento de los dos anteriores, en cuanto que cierra el análisis del acto de publicidad.

Pero la verdadera significación jurídica de éste se revela en su consideración de acto dirigido al público. Por ello, el Capítulo V se consagra al estudio de ese importante aspecto, según el doble criterio de acto dirigido a las posibles partes en el contrato principal que se intenta concluir, y de acto frente a terceros por su incidencia en la situación competitiva. Se intenta en este Capítulo V llegar a una calificación jurídica del acto publicitario y destacar su relevancia tanto en orden a la teoría de las obligaciones como a la de la competencia.

Los Capítulos II, III, IV y V se agrupan en una Primera Sección de la Primera Parte, bajo el rótulo general de "La actividad publicitaria".

La Sección Segunda se abre con una pequeña Introducción que intenta poner de manifiesto los intereses afectados por la publicidad, como premisa del análisis de sus disciplinas. Qué se estudia en los Capítulos VI, VII y VIII. El primero de ellos destinado a los llamados Principios de legalidad y de autenticidad, tras un examen del encuadramiento de la disciplina. En el Capítulo VII se han agrupado los Principios de veracidad y de libre competencia.

El Capítulo VIII examina el sistema procesal instaurado por el Estatuto y el régimen llamado de autocontrol, pues aunque se sitúa antes en el campo de la ética que en el del derecho, no puede negarse su trascendencia por lo que tiene de indicativo. Son también recogidos en este Capítulo ciertos regímenes especiales. Muy brevemente porque su análisis carece en verdad de relevancia desde los objetivos de esta tesis. Pero se ha considerado imprescindible para completar el comentario al Estatuto ya que en él se declaran subsistentes diversas competencias administrativas que son justamente quienes los mantienen.

Terminará así la Primera Parte, la Segunda se consagra a "La Contratación publicitaria", destinándose el Capítulo IX al contrato de publicidad, el X al de difusión y reuniendo en el Capítulo XI los otros dos contratos -de obra y de mediación- que el Estatuto tipifica.

Con ello se considera que habrá quedado completo el marco jurídico positivo que regula la actividad publicitaria.

NOTAS AL CAPÍTULO I

- 1) Refiere la anécdota -habitual, por lo demás, en estos temas- LOUSTALAN en sus tesis "La publicité dans la Presse Française" pau. 1.933 pág. 29,.
- 2) Informe de la Comisión de Estudios sobre Publicidad, bajo la presidencia de Lord Reitch. Traducción española preparada por el Instituto Nacional de Publicidad: "La publicidad como medio de comunicación de masas". Cuadernos monograficos del I.N.P. Serie General nº 2. Madrid 1.967 pág. 265.
- 3) Vide F. PUIG PEÑA. Derecho Penal. Parte General Tomo II 4ª ed. R.D.R. Madrid, pág. 130.
- 4) Así parece desprenderse del enfoque del que parte L. SORDELLI, fundamentándose en ASCARELLI, en su artículo: "Ideazio ni ed atti della pubblicità commerciale e gli istituti di diritto industriale". Riv. Dir. ind. I 1.966, pág. 23 y s., especialmente págs. 26 a 28.
- 5) E. WIELER. "La publicité" (tesis) Nancy 1.931 pag.150 y 151.
- 6) S. DEL CAMPO URBANO. Conferencia pronunciada el 3 de mayo de 1.966 en el I.N.P. y recogida, con otras, en publicación del I.N.P. "La publicidad y sus fundamentos científicos". Madrid 1.966. pág. 25 a 40, especialmente pág. 32.
- 7) J.J. LÓPEZ IBOR. Conferencia pronunciada el 17 de mayo de 1.966 en el I.N.P., y recogida en la publicación a que se refiere la nota anterior, pág. 73 a 91, especialmente página núm. 74.

- 8) R. GUERIN "La publicidad es una violación". Trad. esp. Eduardo Criado. Sagitario. Barcelona 1.964, especialmente la página 13.
- 9) Singularmente PIO XII en su Mensaje al III Congreso Internacional de la Prensa Católica en 18 de febrero de 1.950. y en Mensaje a la Televisión Europea en 6 de junio de 1.954. También PAULO VI en Mensaje al XV Congreso Internacional de la Prensa Católica en 1 de mayo de 1.965, y en carta de la Secretaria de Estado de S.S. a la 53 Semana Social de Francia. en julio de 1.966.
- 10) Vide nota anterior.
- 11) Decreto del Concilio Ecuménico Vaticano II "Sobre los medios de comunicación social" en "CONCILIO VATICANO II. Constituciones., Decretos, Declaraciones". B, A. C., Madrid 1965 pág. 665.
- 12) J. GARRIGUES "Tres conferencias en Italia sobre el Fuego del Trabajo". Madrid 1.939.
- 13) P. CABANILLAS GALLAS. Conferencia pronunciada el 30 de julio de 1.965 en la Universidad de Verano de Santander. Publicada con el Título "Principios jurídicos de la Publicidad Española". I,N.F. Madrid 1.967.
- 14) G. ALBUCHER. "La Publicité commerciale et son role économique". Tesis. París 1.923.
- 15) T. ASCARELLI. "Teoría della concorrenza e dei beni inma-



teriali". 3ª ed. Milano 1.960. pág. 5 y 6.

16) Casi todos los autores que se han ocupado del tema. aluden con mayor o menor énfasis. a esa necesidad, Así LOUSTALAN op. cit. pág. 311. pero singularmente la consideran indispensable quienes contemplan en su compleja dimensión el fenómeno publicitario. Así A. VANZETTI "Repressione della pubblicità mezoquera". Riv. dir. civ. 1.964. I pág. 584 y siguientes.

17) Según el sentido que tiene para el Prof. F. DE CASTRO "Derecho Civil de España". I.E.F. Madrid 1.955 T.I. pág.388.

18) Vease el artículo "régimen jurídico de la Publicidad en Francia, a la luz del Estatuto español". por el Jefe de Estudios del I.N.P., en Revista PUBLICIDAD I.N.F. núm 1, abril junio de 1.965, pág. 93 y siguientes, especialmente página 100 y siguientes.

19) M. FUSI "Manuale della pubblicità". Ed. Franco Angeli. Milano. Vol I. pág. 12.

20) F, DE CASTRO: op. cit. T. I. pág. 111.

21) J, RUBIO "Sobre el concepto de Derecho Mercantil". RDM nov. dic. 1947. pág. 325.

22) G. RIFERT". "Traité élémentaire de Droit Commercial". 6ª ed. Paris 1.968 T.I. pág. 8.

23) No deja de resultar curioso que al artículo cuarto del Estatuto se le puedan aplicar los criterios de interpretación literal y lógica que el Prof. GARRIGUES emplea en relación al artículo segundo del Código de Comercio (vide J/ GARRIGUES "Curso de Derecho Mercantil". 5ª edición. Madrid -

1.968 T. I. pág. 105.

24) Vide el artículo cit. en PUBLICIDAD núm. 1; CABANILLAS loc. cit.; J.M. MARTIN OVIEDO. "Derecho Publicitario español". Ed. Grupo de Empresas Movierrecord. Madrid 1.968 pág. 9 y siguientes.

25) S<sup>ts</sup>. T.S. de 18 de marzo de 1.919 y 2 de mayo de 1.924, entre otras.

26) Claro es que pudiera pensarse que el legislador intenta la eficacia organizadora general que el Prof. DE CASTRO vincula a la Ley (vide op. cit. en nota) a través de una ordenación de las clases profesionales. Pero no hay tal, porque la ley no atiende solo al aspecto de la publicidad en cuanto las relaciones para su instrumentación -en el que es visible el interés de esas clases- sino en el aspecto fundamental de fenómeno social en sí mismo.

27) Por todos, CABANILLAS op. cit.

28) De la introducción del Derecho de la competencia dentro del sistema del Derecho Mercantil, creo que es prueba suficiente repasar los índices de los Tratados y Manuales de nuestros Autores, y los programas de las Cátedras de Derecho Mercantil. Expresamente se deduce además la introducción de lo que sostiene el Prof. GARRIGUES (vid. op. cit. T.I. pág. 34) por lo que se refiere al aspecto privatístico de las instituciones del Derecho Industrial, que no duda en reconocer que escapa ciertamente a una sistematización que no sea la del designio unificador de ciertas normas dispares en función de las relaciones a que se refiere. Pero ni aún en don-

de se mantienen Cátedras separadas, se reconoce por la mejor doctrina una autonomía al derecho industrial, al que T. ASCARELLI no duda en considerar parte del Derecho Comercial., (vid. op. cit. pág. 41 y 42).

29) La vinculación de la publicidad al comercio no se destaca sólo por los autores que se han ocupado de aquélla, incluso desde perspectivas no jurídicas. También dejan constancia de ella significados autores en el ámbito del Derecho Mercantil. Ya sería suficiente que para algunos (ASCARELLI, SORDELLI, y en general los que se ocupan de la publicidad) solo mereciera valor el fenómeno por su dimensión de acto de competencia. Pero entre nosotros. se ha destadado tajantemente por el Prof. A. VICENTE y GELLA que la "propaganda" es la primera de las instituciones o actividades complementarias que el tráfico mercantil ha creado dentro de su indispensable organización, que facilita las ofertas en el mercado "Chrso de Derecho Mercantil compensado". 2ª ed. Zaragoza 1948 T.I. pág. 121 y sig.).

30) C. FERNANDEZ-NOVOA. "La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias". RDM. nº 107 1968 pág. 13 y sig. Sobre lo dicho en el texto vide pág. 18.

31) Se trata esta materia en el Capítulo V de esta tesis en un planteamiento general/ Y en el Capítulo VII al examinar el llamado "principio de libre competencia".

32) "El programa más urgente de la doctrina jurídica es elaborar un arsenal conceptual apto a la normativa de la pruden-

ción industrial en masa y congruo con la estructura económica social que le es propia". T. ASCARELLI op. cit. pág.6.

33) Sólo de una manera muy inexacta puede, a mi juicio hablarse de "publicidad comercial" como la materia propia del Estatuto. Si es que por comercial se entiende la referencia al tráfico patrimonial, oponiéndose entonces a la propaganda ideológica. Porque, como se verá en el Capítulo II, ni toda publicidad en sentido legal es "comercial", ni toda la publicidad "comercial" es publicidad en sentido legal. Lo primero porque no es "comercial" el anuncio en favor de una contratación civil o laboral, que sin embargo está incluido en el concepto que da la ley (art. 2º). Lo segundo, porque siendo "comercial" el anuncio de una Junta General de accionistas o de un traslado de domicilio de una S.A. - que sería publicidad en sentido legal por la llamada de atención "m e d i a t a " (cf. art. 2º) - no se incluye sin embargo como materia de la regulación estatutaria (cfr. art. 3º E.P/).

34) J, Rubio "Introducción al Derecho Mercantil". Ed. Nauta Barcelona 1.969. En este punto, el profesor continúa la línea de su pensamiento expuesto en "Sobre el concepto del Derecho Mercantil" citado.

35) En 1.844 se constituyó en Francia la Société Duvergier para "arrendar" la publicidad de los grandes diarios. Vide LOUSTALAN. op. cit. pág. 17 a 22.

36) J. GARRIGUES op. cit. Tomo II pág. 358 y siguientes.

37) Inequivocamente se sostiene así por la doctrina mercantilista.

38) Desde un punto de vista económico, la publicidad es instrumento de una actividad principal. SAMUELSON la califica de <sup>de</sup> método de venta y GALBRAITH, con mayor penetración sociológica, la configura como arma de la estrategia general de la "tecnología" en la consecución de sus objetivos. Contemplada desde la perspectiva de un anunciante que ejerce una actividad racionalizada para el mercado, publicidad está respecto de ella en relación de accesoriedad. Por esa razón, no obstante el silencio de los Códigos Mercantiles, la doctrina reconduce de alguna manera la publicidad al ámbito del Derecho Mercantil. Así HAMEL Y LAGARDE adscriben la actividad de las "empresas de publicidad" a la vista Art.632 CD pero no por el aspecto subjetivo de serlo por empresarios sino por el "carácter comercial de sus actos" que extienden la noción de "circulación" ("Traité de Droit Commercial". Paris 1.954, pág. 197). Por su parte, G. RIPERT. incluye a las empresas de publicidad dentro de las de servicios (op. cit. 4ª edic. Paris 1.959 pág. 79). Y E. THALLER, por virtud del principio de "especulación", advierte que la jurisprudencia "no tiene dificultad alguna en reconocer que en cuanto a sus servicios de anuncios, el periódico actúa como comerciante" ("Traité élémentaire de Droit Commercial 8ª ed. Paris 1.931- pág. 19 y 20). Es terminante a estos efectos la postura de J.G. VARANGOT "Los contratos de publicidad" RDM núms, 89, 90 y 91. (Vease la doctrina que invoca allí u las propuestas en el II Congreso Nacional de

Derecho comercial en Buenos Aires 1.953). Recuerdese que se ha señalado que el Profesor GARRIGUES incluye los contratos de publicidad en su "Curso". (vide nota 38). Resultaría - inútil repasar pormenorizadamente como la publicidad en sí misma cabe dentro de la estimación general de los actos de comercio según la doctrina general, y cómo es posible reconocer en ella las notas que, según los autores clásicos entre nosotros, definen la comercialidad.

39) Es lo que me parece que se desprende de la tesis del - Prof. RUBIO cuando sostiene que parece más razonable, una vez proclamada la "indisoluble unidad del derecho privado", e incluso de todo el Ordenamiento jurídico, la sistematización por materias. (Introducción... "cit. pág. 238 y s.).

## CAPITULO SEGUNDO

### EL ACTO DE PUBLICIDAD

#### 1.- CONCEPTO LEGAL DEL ACTO DE PUBLICIDAD

Dice el artículo 2º del Estatuto que "será considerada como actividad publicitaria toda divulgación para dirigir la atención del público o de los medios de difusión hacia una determinada persona, producto o servicio, con el fin de promover de modo mediato o inmediato su contratación".

Partiendo de ese concepto que nos dá la Ley considero necesario para una mejor comprensión del fenómeno establecer unas matizaciones que se pueden sistematizar como características o elementos subjetivos, objetivos y de actividad.

A) Elementos subjetivos .- Con esta expresión queremos significar aquellos elementos que se encuentran en el acto de publicidad desde el ángulo o perspectiva del anunciante.

a) Comunicación .- El acto de publicidad en sentido legal es antes que nada un acto de comunicación. Existe acto de publicidad desde que se dirige una comunicación al público, cualquiera que sea el modo como aquélla se manifieste. La Ley

no habla de comunicación sino de "divulgación", pero obviamente divulgar es comunicar al público.

La primera duda que podría asaltarnos es si en esta consideración legal del acto de publicidad queda restringido su alcance a las comunicaciones que se imparten a través de los llamados medios de comunicación social, o medios de comunicación de masas. Están éstos tan fuertemente arraigados en la conciencia social contemporánea que al hablar de divulgación o de difusión (vide art. 1º) insensiblemente se hace presente la consideración de aquellos medios. A eso inclinaría también la referencia expresa que a ellos hace el propio artículo 2º. Sin embargo, el adjetivo "toda" parece por el contrario ensanchar los límites y permitir una comprensión mayor del hecho mismo de la comunicación. A idéntica conclusión se llega a través del artículo 1º que destaca la irrelevancia del medio que se utilice. Pero sobre todo la duda se desvanece íntegramente con la contemplación de los artículos 15, apartado final, y 19 del Estatuto. El primero de ellos expresamente dá la denominación de medio de publicidad a elementos que nada tienen que ver con los de comunicación social en sentido estricto, y de la misma manera el artículo 19, indirectamente, al considerar acto de publicidad el que se realiza por un medio que no es de los de aquella especie.

Considerar por lo demás el acto publicitario sólo



como el simple acto de información es, en mi opinión, restringir indebidamente el significado que hoy alcanzan en la valoración social numerosos actos que, sin consistir en una transmisión de información stricto sensu, se dirigen a una misma e idéntica finalidad.

En este sentido, el término "divulgación" ha de entenderse no como "información" al público sino como comunicación indiscriminada a cuantos conozcan el mensaje. Con el término "comunicación" quiere expresarse algo mucho más amplio que lo que puede entenderse por transmisión de información stricto sensu.

La comunicación se alcanza con un hacer material, con un gesto, en suma comunicación es significación aunque no se haya valido de una información en sentido estricto.

La referencia a los medios de comunicación de masas que se encuentra en el artículo 2º del Estatuto no implica un condicionamiento del acto de la comunicación sino que delimita el círculo de sus posibles destinatarios directos. Precisamente por ser tan inaprensible y versátil la comunicación es por lo que cabe que encuentre una amplia caja de resonancia en los medios informativos, que favorecerían su mayor difusión. Es lo que determina a la Ley a considerar estos supuestos como de publicidad en sentido jurídico (1).

Cualquier comunicación a un grupo -incluido el de los medios informativos- y sea o no una información en sentido estricto es uno de los elementos que, junto a otros, constituye el acto de publicidad.

La comunicación consiste, desde luego, en la transmisión de un mensaje a los destinatarios. Cuando se dice que no es una simple información sino algo más amplio, se quiere expresar que el mensaje que se comunica no pertenece al género informativo, entendido como aquél que ilustra el entendimiento para la emisión de un juicio, sino que, mucho más ampliamente, desencadena un mecanismo de respuesta en los receptores constituido por todo un complejo proceso psicológico y volitivo.

Si se pregunta a un experto en publicidad recién llegado al campo de sus experiencias responderá en seguida que con el mensaje se pretende llamar la atención, despertar un deseo y condicionar una decisión de compra (y al hablar de decisión de compra ha de entenderse como decisión a establecer una relación jurídica con quién comunica el mensaje).

Claramente se vé cómo el mensaje de publicidad lo es, aunque no "informe" cuando comunique mucho, ésto es, sea altamente significativo para quienes lo reciben.

Y por eso en la valoración social tienen idéntica

significación el anuncio que se inserta en una revista que un sistema de concurso, que un regalo, que un sistema ventajoso de ofertas, y todos ellos, ciertamente, tienen idéntica significación porque, a su vez, producen un idéntico mecanismo de respuesta y porque tienen una idéntica finalidad. Son, en suma, diversos modos de una sola comunicación publicitaria.

Pero estas consideraciones nos llevan a avanzar un paso más en la indagación.

b) Instrumentalidad. - Siguiendo a L. ARANGU REN (2) podemos afirmar que en toda comunicación, y, portanto, también en la publicidad, "el proceso de recepción no consiste ... en una mera y pasiva "aceptación" ... (sino que) hasta la conformidad desencadena un proceso (que exige) mantener a la vista el sentido siempre activo de la palabra "respuesta". Quiere ello decir que la transmisión de un mensaje comporta en todo caso una eficacia en el receptor del mismo. .

Lo que cualificará entonces a la publicidad será la categoría a que pertenezca ese proceso de "respuesta". Lo que, en otras palabras, no es sino descubrir el campo a que se ordena la publicidad como instrumento.

Esta instrumentalidad implica, en realidad, un elemento telológico o finalista desde el emisor del mensaje, en nuestro caso, el anunciante.

El campo en que incide el mensaje publicitario, a través del proceso de "respuesta" que se espera, tiene un contenido esencialmente económico.

Ciertamente que ello sólo puede servirnos como una primera aproximación al fenómeno publicitario. Porque en el contexto social de nuestros días lo económico ha adquirido tal importancia, dentro del conjunto de la fenomenología social, que un volumen considerable de información en sentido estricto o no publicitaria también encuentra su justificación en servir a esa dimensión social. Es preciso, por consiguiente, continuar avanzando en la indagación hasta llegar a obtener elementos su ficientes a la caracterización específica. Y ésta nos viene dada en función del interés que la comunicación publicitaria sirve.

En pura teoría, la información sirve un interés general que no se vincula a un sector particular -sea público o privado- de la sociedad en que se efectúa. El mensaje publicitario, por el contrario, se ordena en favor exclusivo de un particular interés del anunciante. "Para dirigir la atención ... hacia una determinada persona, producto o servicio" dice el artículo 2º del Estatuto. Al interés de esa persona o al del productor del bien o prestador del servicio es al que se vincula la "comunicación" publicitaria.

En la terminología comercial se expresa este fin primario o inmediato de la publicidad con una precisión muy gráfica y concreta. Se habla, así, de "crear una imagen". Porque, efectivamente, el interés del anunciante es favorecer en los destinatarios del mensaje una representación de su persona, producto o servicio acorde con las comunicaciones que él tendenciosamente les suministra.

Claro es que la información en sentido propio dista mucho en la práctica de presentársenos con la pureza e incontaminación de que aquí se ha hecho mérito, y, por desgracia, también se nos muestra de una u otra forma vinculada a intereses bien de grupos sociales, bien del grupo instalado en el Poder político. Hasta tal extremo esto es así que, como afirma L. ARANGUREN, de hecho información y publicidad se presentan unidas y es difícil señalar la frontera entre ambas (3).

Y este proceso, sin duda alguna degradante, de la información, se completa con otro, de inverso sentido, en cuanto que la publicidad es también innegablemente susceptible de constituir una fuente de información en sentido general. Baste recordar ahora la anécdota que al principio de esta tesis se relata, en la que se demuestra cómo Kipling intuyó ya esta significación informativa de la publicidad.

Información y publicidad viven indisolublemente unidas, e incluso en aquélla será en ocasiones difícil descubrir la pretendida "objetividad" de entre la ganga de comunicación ten-denciosa. Pero, a fin de cuentas, ello será síntoma de un proceso morboso de la información, y no deben contemplarse las instituciones ni los fenómenos sociales desde sus ángulos patoló-gicos. En la comunicación publicitaria, la tendenciosidad es un elemento de su concepto y función.

E incluso, si por un prurito de realismo, quiere partirse siempre de la consideración tendenciosa de toda información, dada la generalidad y alcance que, desde luego, en la vida práctica tiene, aún en este caso, siempre será posible diferenciar desde criterios instrumentales a la publicidad de la información. En efecto, la información al servicio de un grupo se dirige a la propagación de las ideas religiosas, políticas o socia-les de ese grupo, que siempre hacen referencia a estructuras y sistemas con vocación organizadora general, por constituir el mejor caldo de cultivo de sus particulares intereses. La publicidad, sin embargo, sitúa su fin primario en atraer la atención del pú-blico hacia una concreta y determinada parcela de la realidad.

Se supera en suma la aparente diferenciación entre publicidad informativa y publicidad persuasiva. Toda publi-ci-dad constituya o no una transmisión de información es siempre

una comunicación persuasiva por su esencial tendenciosidad. Y esto a su vez obliga a dar un nuevo paso en la indagación.

c) Intencionalidad. - Se ha visto cómo la publicidad se caracteriza, dentro del género comunicación, por su sentido teleológico. Pero hasta ahora no se ha descubierto sino un fin primario, inmediato o genérico, consistente en ponerse la llamada de atención del público al exclusivo servicio de un interés privado del anunciante. Junto a él además se sitúa otro fin, que podríamos llamar mediato o último, y que se conecta a la cualificación de aquél interés.

Es este fin último el que se proclama en el artículo 2º del Estatuto cuando dice "con el fin de promover de modo mediato o inmediato su contratación".

El proceso de "respuesta" que se desencadena en la recepción del mensaje publicitario se encuadra en el campo de los intereses económicos susceptibles de componerse a través de la figura jurídica del contrato.

Este fin de la publicidad es de tanta trascendencia, tñe y matiza hasta tal grado la misma actividad, que no dudamos en afirmar que cualifica y diferencia sustancialmente el acto de publicidad hasta el punto de desgajarlo de la significación que deriva de su naturaleza comunicativa para encuadrarlo en otro orden del quehacer humano.

Como con toda propiedad afirma GALBRAITH "un ciudadano tiene que sufrir un retraso mental verdaderamente grave para que sea necesario informarle publicitariamente de que puede comprar cigarrillos de la American Tobacco Company" (4).

Lo significativo y relevante del acto de publicidad reside en su incardinación en un proceso de la actividad del anunciante a favor de la que se instrumenta, cediendo ante este encuadramiento su consideración intrínseca de acto de comunicación.

La publicidad surge históricamente ligada al fenómeno social del comercio (5), por servir inestimablemente a sus necesidades de encontrar compradores de los productos que se poseen y de encontrar suministradores de aquellos otros de los que se carece. Y si esta necesidad se siente en una comunidad de mercaderes no es difícil trasponer su exigencia en una sociedad caracterizada por la producción industrial en masa. La apertura y perfeccionamiento de los canales de la comunicación humana potencian indiscutiblemente los modos de dar cumplida satisfacción a esta exigencia del tráfico, pero, en definitiva, la sustancia del fenómeno continúa siendo la misma, aquella de ampliar el mercado de los propios productos.

La finalidad es la misma ya se considere el co-



mercio en su sentido tradicional, ya en el sentido moderno de la organización del tráfico, determinada por la producción industrial en masa. Sobre todo por los avances tecnológicos que exigen un gran despliegue de recursos humanos, y financieros, y una considerable inversión de tiempo. Estos condicionamientos traen como consecuencia la aparición de la unidad planificada, que puede dejar fuera de sus programas pocos eventos fiados al azar, y que, por supuesto, cuenta entre sus resortes con la publicidad, como elemento indispensable de "control de la demanda específica" (6).

La publicidad manifiesta su verdadero carácter al considerarla factor de manipulación del mercado de bienes y servicios. Y el empleo de este término no entraña valoración peyorativa ni meliorativa alguna. Es simplemente la constatación de un hecho que entraña, ésto sí, un singular relieve jurídico.

Esta significación del fenómeno, por la finalidad que cumple, servía de fundamento a su designación tradicional con el término de "reclamo", mucho más expresivo, sin duda, que el de publicidad con que hoy se conoce (7). Porque, efectivamente, la publicidad actúa como reclamo o señuelo del público. Y no deja de ser paradójico que precisamente en el momento histórico en que esa función de reclamo se ha potenciado al máximo hasta ahora conocido, se pretenda aguar su ex -

presividad con la utilización de un término mucho más inocuo. Claro que acaso con esta aparente inocuidad pretenda precisamente disfrazarse lo que tiene de repugnante a la conciencia contemporánea cuanto implica manipulación del hombre por el hombre,

Y en este punto de la argumentación cabe preguntarse qué queda del aspecto informativo de la publicidad, y cuál es su trascendencia en comparación a la que tiene la modalidad y el fin que el acto comunicativo manifiesta y persigue respectivamente. Poco importa, en verdad, que en su naturaleza el acto de publicidad sea o no un acto de comunicación. El acto de publicidad es un acto de atracción de otros hacia la conclusión de contratos (8).

Con razón puede decir SORDELLI que los actos de publicidad se caracterizan no por su estructura sino por su finalidad (9). La tesis es perfectamente aplicable a la delimitación del acto publicitario en la ley española. Ya se ha advertido que el artículo 1º del Estatuto declara irrelevante el medio por el que la comunicación se trasmite. Y se sabe también que el término "medio" no se refiere exclusivamente a los llamados medios de comunicación social. Si estructuralmente el acto de publicidad es o no un acto informativo es algo que no debe preocupar al intérprete en la aplicación de las normas

legales que vienen a regular "toda" comunicación que por su finalidad merezca el calificativo de publicitaria. Hay acto de publicidad desde que un mensaje se comunica a un grupo o es susceptible de conocerse por un grupo indiscriminado de destinatarios, y ese mensaje consiste en un señuelo o reclamo para atraer a estos destinatarios a la realización de un acto jurídico, en definitiva, a la conclusión de un contrato.

El acto de publicidad se caracteriza sólo por su instrumentalidad respecto de otro acto principal sobre el que el anunciante centra su propio interés. El contenido de esa actividad principal sólo puede ser económico puesto que es ésta la única materia que consiente la composición de intereses a través de los contratos.

Con ello, como se dijo ya, parece consagrarse la tradicional diferenciación entre publicidad y propaganda. Pero nótese que se acoge en base a sólidos criterios. En efecto, una y otra, tienden a la persuasión de los destinatarios, pero mientras que la propaganda se dirige a que se produzca una transformación que incide en la estructura cultural -lato sensu de la sociedad-, la publicidad tiende a una transformación en el sector patrimonial. No es, por consiguiente, una diferenciación por el objeto que en ambos casos es algo que pertenece al mundo de las ideas sino por la intencionalidad o si se quiere por

el contenido (10).

Pero puesto que el elemento caracterizador del acto de publicidad nos viene dado legalmente en función del sector del mundo externo que se intenta que se transforme por los destinatarios del mismo, parecería lógico que la Ley hubiera prestado mayor atención a la determinación del sector, y no despacharlo con la insuficiente referencia a que es aquél en que los intereses son susceptibles de composición contractual. Por que es evidente la diferente significación que para el derecho tiene que los actos se realicen o puedan realizarse en masa o no. Y no ya tanto por un prurito doctrinario en relación a la dicotomía del sistema del derecho privado, sino por su especial relevancia dentro de los restringidos límites de la publicidad. Si su disciplina jurídica viene presidida por el criterio de su peligrosidad social, resulta obvio que ni para los "consumidores" ni para los "competidores" tiene igual relevancia que el acto de publicidad se instrumente a favor de un único contrato aislado que a favor de una posible serie de contratos en conexión.

Pero ninguna especificación ni distinción establece la Ley, y por consiguiente en buena técnica interpretativa, no debe sernos permitido distinguir. De aquí que en el concepto legal de acto de publicidad estén incluidos tanto aquellos as-

pectos destinados a favorecer una contratación en masa como los que se dirigen a procurar y facilitar un solo y específico contrato.

Por lo que no es posible inicialmente entender que la materia propia de la Ley sea la llamada publicidad "comercial". Ciertamente que en la mente del legislador puede afirmarse que ha estado presente el fenómeno publicitario en cuanto dice relación a la contratación en masa, pero en virtud de la interpretación de la voluntad de la Ley, ésta engloba algo más que la publicidad promotora de esa contratación.

Que ello es así se reafirma al considerar que el Estatuto para nada se refiere a un término tan expresivo como el de clientela. Publicidad comercial stricto sensu es la que se dirige a la atracción de clientela. Pero éste término no es ciertamente referible a la contratación no efectuable en masa o serie.

La referencia estricta y literal a la contratación amplía el concepto legal del acto de publicidad a operaciones del tráfico económico no específicamente comerciales. Lo cuál es definitiva no es sino una muestra inequívoca más de la asimilación de las instituciones típicas del comercio por el tráfico en general; consecuencia lógica, ya que si en aquél se mues-  
tran eficaces, es natural que se extiendan a toda contratación

porque es la conclusión de contratos lo que tienden a favorecer (11). Ello, sin embargo, no significa que todavía hoy no sean las actividades organizadas para el mercado las principales beneficiarias de su utilización masiva.

En última conexión con esta materia se encuentra la cuestión relativa a la significación de la publicidad en el marco de la relación contractual a la que sirve de instrumento.

Para ASCARELLI el acto de publicidad " en sentido estricto ", consiste en una llamada de atención al público para la atracción de clientela (12) y la misma opinión, como se dijo, sustenta SORDELLI para quien la relevancia jurídica de la publicidad se descubre en su carácter de comercial, por insertarse entonces en un conjunto de relaciones jurídicas y fundamentalmente surtir efectos en la relación concurrencial.

Si la publicidad la referimos, exclusivamente, al campo de la promoción de una contratación en masa y la reducimos al estricto sentido de la atracción de la atención del público consumidor, es evidente que, como afirma ASCARELLI, el acto publicitario no se dirige "tanto a facilitar o provocar actos de cambio específicos, cuanto a aumentar la probabilidad de que los actos de cambio se verifiquen" (13). De este modo la real incidencia de la publicidad en la relación contractual principal se desdibuja y, prácticamente, desaparece.

Pero si no cabe dudar de que la publicidad se reconduce a las leyes de la probabilidad estadística y de los grandes números, no es menos cierto que, de hecho, viene a sustituir otros medios de que puede disponerse para la facilitación de la conclusión de los contratos (14). Los resultados se mantienen en el campo de la probabilidad, pero el acto de publicidad, en sí mismo, siendo una modalidad de las ofertas y demandas en un mercado, puede constituir una forma de propo- sición de los contratos en que jurídicamente se traduce la apro- ximación y encuentro de aquéllas.

El mismo ASCARELLI, que ha precisado "el sentido estricto" de la publicidad, no deja de reconocer que ob- viaamente un elemento publicitario está también presente en las ofertas o invitaciones a ofrecer dirigidas al público (15).

Desde el Estatuto de la Publicidad no es posi- ble compartir plenamente el criterio de los prestigiosos Auto- res citados.

La llamada de atención del público es lo que de- fine, estructuralmente, al acto de publicidad, pero desde un punto de vista finalista, el concepto legal le aproxima bastante más al contrato principal que lo que pueda significar una refe- rencia a la clientela. Se deduce, sin dificultad, de la letra mis- ma del artículo 2º "con el fin de promover de modo mediato o

inmediato su contratación". La noción de mediación puede servir para entender que se aproxima la significación del acto a la que le reconoce la doctrina italiana y, especialmente, ASCARELLI al referirse al acto publicitario "en sentido estricto". Pero la inmediatividad de la conexión del acto al contrato descubre la calificación publicitaria que pueden merecer ciertas formas en que se desenvuelven las negociaciones contractuales.

Por otro lado, la no referencia a la clientela creo que puede tomarse como un deliberado propósito del legislador de sustraer el concepto del acto del ámbito que aquella referencia inevitablemente señalaría. La directa referencia a la contratación en el artículo 2º amplía el concepto legal del acto publicitario a supuestos de publicidad no "mercantil", a la vez que lo amplía también intensivamente en cuanto que cualquier acto que favorezca la contratación, y estructuralmente reúna los requisitos propios, será de publicidad sea cual sea el grado de vinculación con la relación principal que favorece.

Ya se ha dicho que en la propia consideración negocial de la actividad publicitaria se considera como su función típica la de llamar la atención, mantener el interés, despertar el deseo y conseguir la decisión de contratar. Cómo se atienda a estas funciones dentro de cada acto de publicidad en concreto es cuestión que dependerá de la oportunidad y que



se confía al cuidado de la específica técnica publicitaria.

Ahora bien, hasta aquí se viene hablando de contratación que es justamente el término que utiliza la ley. Y, por cierto, sin ningún tipo de adjetivación. Lo que permite, sin duda, entender que la publicidad se instrumenta para favorecer cualquier contratación. O, en otros términos, cualquier tipo de contrato. Pero, partiendo de esta amplitud y generalidad, parece que es necesario plantearse los límites dentro de los que sea posible entender que un acto favorece la contratación.

No se trata, como es obvio, de apuntar la necesidad de investigar en cada caso si un acto potencialmente favorecerá o no la conclusión de contratos. Esto sería una medición por los resultados del acto que, ciertamente, no pueden interesarnos en el momento de la determinación y calificación del acto mismo.

Se piensa en una serie de supuestos en que no resulta muy evidente la conexión de la publicidad a ninguna contratación. Un ejemplo podría ser el de un anuncio concebido en los términos siguientes: "Visite en lugar -geográfico- tal". No cabe duda de que una publicidad concebida de este modo está persiguiendo canalizar unos movimientos turísticos que se traducen en incremento de la actividad económica de la zona que se propone para ser visitada, incremento que sólo se obtiene

por una multiplicación de los negocios jurídicos de varia índole que los visitantes realizarán. Puede considerarse tal acto de publicidad, o por el contrario, sus desdibujados contornos le impiden entrar en el concepto que de él dá el Estatuto?.

Si nos atenemos al tenor literal del artículo 2º parece que no cabe en principio estimar la naturaleza publicitaria del acto en cuestión. Expresamente se refiere la ley a la conexión del acto a una persona, producto o servicio determinados. Esta directa vinculación, parece elemento primordial para la calificación del acto. Pero, por otra parte, también en el mismo artículo 2º se habla de la mediatividad o inmediatez de la repercusión del acto en la promoción de los contratos. En el ejemplo propuesto, se intentaría promoverlos de una manera mediata, y en este sentido cabría considerar su naturaleza publicitaria.

Esta consideración me parece que encuentra también fundamento en el nº 1 d el artículo 3º, que excluye de la calificación "cualquier forma de difusión o información que no se oriente de modo mediató o inmediato a favorecer o promover la contratación de bienes o servicios". Difícil es encontrar el sentido de este precepto como no se quiera ver en él una decisión de completar la definición contenida en el artículo 2º por la vía negativa de considerar incluido lo que expresamente no se excluye.

Y, según este criterio, resulta que todavía el n<sup>o</sup> 1 del artículo 3<sup>o</sup> viene a ensanchar los límites que acotaban el concepto en el precepto anterior. Porque, en efecto, de él desaparece la referencia a la conexión de persona, producto o servicio determinados y se habla de bienes y servicios en plural. La utilización del término "orientar" parece también llena de sentido. A sensu contrario, cualquier forma de difusión o información que se "oriente" a favorecer la contratación, es un acto de publicidad, y, aunque la promoción se procure mediatamente. Parece deducirse entonces que la referencia a persona, producto o servicios determinados que se contienen en el artículo 2<sup>o</sup> es un simple modo de expresión que se utiliza para señalar el cómo de la apelación al público antes que su qué, pero que ni agota las formas posibles ni definitivamente impide una calificación amplia del acto exclusivamente por su finalidad promotora de la contratación de bienes y servicios.

Todavía este n<sup>o</sup> 1 del artículo 3<sup>o</sup> sugiere otra cuestión. A la vez que por la vía de la exclusión completa la noción del acto, quiere la ley resaltar el elemento intencional del anunciante que se manifiesta en la finalidad perseguida.

Pienso que la ley parte del acertado criterio de considerar que cualquier información relativa a quién realiza una actividad para el mercado o relativa a esa misma actividad

encierra una cierta carga sugestiva y en tal sentido publicitaria - naturalmente en cuanto le sea favorable -. Pues bien, dados los términos de generalidad en que se define la publicidad, la ley desea excluir de tal calificación las informaciones que no se dirijan a obtener un resultado positivo en el volumen de la contratación. Serán los supuestos, me parece de toda la actividad conocida con el nombre de las relaciones públicas.

De cuanto se ha expuesto, deriva que, aún nó siendo posible hablar de que la materia del Estatuto venga constituida por la publicidad llamada "comercial" *stricto sensu*, lo que es cierto es que la ley contempla la publicidad que se refiere al tráfico económico y la disciplina fundamentalmente como fenómeno del mismo. El Estatuto contiene un conjunto de normas relativas a la disciplina de ese sector de la realidad. Con independencia de la consideración que la publicidad merezca por su estructura comunicativa.

Por lo mismo, resulta paradójico que la discusión del Proyecto de ley se confiara a la Comisión de Información y Turismo de las Cortes Españolas, y que la defensa del Proyecto ante el Pleno se llevara a efecto por el señor Subsecretario del Departamento de ese nombre. Pero más paradójico todavía es que la competencia administrativa para el desarrollo y aplicación del Estatuto se atribuya al citado Ministerio (cfr. arts. 5 y 63).

Sin duda, la razón de tan extraña forma reside en la deficiente comprensión del perspectivismo. La incidencia del fenómeno publicitario en otros sectores de intereses, fuera del típico de las relaciones económicas, no debe, sin embargo, desvirtuar la propia eficacia legal, en cuanto disciplina la publicidad, por su significación en el tráfico. No es fácil, sin embargo, explicarse satisfactoriamente la atribución de competencia al Ministerio de Información y Turismo sobre un fenómeno típica y directamente referido a la organización económica. El hecho de que la publicidad se ejercite en su mayor parte a través de los medios de comunicación de masas no llega a mi juicio a justificar que el fenómeno en sí mismo y como un todo se conecte a la disciplina administrativa de los Organos de aquel Departamento. El censurable criterio no debe servir de pretexto para despedazar y desintegrar la regulación jurídica de la publicidad que, por su finalidad -que es como la define sustancialmente la ley- es un fenómeno único. Sin que sea posible desvincular los actos que estructuralmente sean informativosstricto sensu por un lado, y por el otro aquellos que no lo sean. Siempre que un acto comporte la intencionalidad que el artículo 2º señala y se manifieste como susceptible de ser conocida esa intencionalidad por un grupo indiscriminado de destinatarios, es un acto de publicidad en sentido legal que

atrae la especial regulación que el Estatuto contiene.

d) Voluntariedad. - El cuarto elemento del acto publicitario, desde el anunciante, viene constituido por la voluntariedad. La exigencia de que el acto sea voluntario no se encuentra en el artículo 2º del Estatuto, aunque resulta también del criterio de intencionalidad.

El nº 2 del artículo 3º del Estatuto declara no aplicables sus normas a las comunicaciones, lato sensu, que se efectúen en cumplimiento de "prescripciones legales o reglamentarias". La exclusión contenida en este nº 2º del artículo 3º está plenamente justificada desde el momento en que el artículo 2º se ha expresado en los términos de amplitud que han quedado indicados. Puesto que acto de publicidad es el que se realice con el fin de promover de modo "mediato o inmediato" la contratación, parecería que cualquier anuncio de una ampliación de capital de una sociedad anónima o de una emisión de obligaciones o de un cambio de domicilio social, etc, podrían incluirse entre aquellos actos que, de modo mediato, favorecen la contratación por la favorable repercusión que pueden tener en la consideración pública, esto es, por la utilidad que reporta a la "imagen" de la firma. Parte la Ley del hecho sociológico innegable de que cualquier referencia por los medios de difusión a quién ejerce una empresa comporta una

cierta carga de significación en la consideración social de ese sujeto. Se dice más arriba que está plenamente justificada esta exclusión, y lo está en efecto desde un criterio exclusivamente conceptual. Esto es, a la hora de determinar el concepto de acto de publicidad como presupuesto y guía para una correcta labor interpretativa de la delimitación del ámbito material de aplicación de la Ley. Pero, sinceramente, ya no parece tan justificado que la exclusión se extienda a dejar fuera tales actos de la especial disciplina jurídica que el Estatuto establece. Ciertamente que existe algún supuesto en que la propia y peculiar naturaleza del contenido del mensaje obligará a mantenerlo en una disciplina incluso más estricta que la que deriva del Estatuto, y éste será el caso, por ejemplo, de una convocatoria de Junta General de una Compañía anónima en que se incluye como punto del orden del día una ampliación de capital. Pero existen otros casos en que la disciplina peculiar de la materia deja un amplio margen de posible determinación al anunciante, y éste será el caso, por ejemplo, del anuncio de un traslado de domicilio. La Ley especial sólo exige que ese traslado se anuncie, pero nada exige respecto a la modalidad de tal anuncio, y puesto que nada previene no parece en principio justificado que no se le someta a la especial disciplina de la publicidad, ya que el anuncio puede suponer un acto de competencia desleal.

por la modalidad como se produzca, o un engaño al público.

Con la exclusión de que aquí se trata cabe afirmar que así como en el epígrafe precedente se dice que no sólo el acto de publicidad comercial es el contemplado por el Estatuto, tampoco toda la publicidad comercial se incluye en su regulación.

Es de destacar, finalmente, que la Ley se cuida de establecer que las exclusiones contenidas en el artículo 3º no prejuzgan que puedan ser, sin embargo, objeto de un verdadero y propio contrato publicitario. De suerte que la eliminación del ámbito de aplicación se refiere fundamentalmente a la disciplina especial que el Estatuto contiene de la actividad publicitaria en sí misma.

Examinados los elementos del acto de publicidad desde el anunciante -elementos que hemos llamado subjetivos por esa razón- se observa que es absolutamente intrascendente para la calificación del acto la especial cualificación del sujeto que interviene. Baste por ahora retener esta afirmación, sin perjuicio de ser analizada en su momento. Ninguna trascendencia tiene, pues, la tradicional distinción en el campo negocial publicitario, entre publicidad institucional y publicidad vendedora, entre publicidad de marca y publicidad colectiva.



B) Elementos objetivos. - Se ha venido insistiendo en que la publicidad incide directamente en el sector del mundo de la realidad en que se muestran intereses susceptibles de componerse a través de la figura jurídica del contrato. Este sector de la realidad es lo que caracteriza el aquí llamado elemento objetivo del acto de publicidad, que vale tanto decir como su contenido.

a) Respecto de bienes de consumo. - Lo primero que hay que decir es que la expresión bienes de consumo hay que entenderla en un amplio sentido, comprendiendo en ellos también los servicios, y esta comprensión dualista de bienes y servicios hay que entenderla también sin restricciones.

El contenido del acto de publicidad viene entonces integrado por cualquier bien del mundo físico, o, en otros términos, por cualquier bien de la vida.

Parecería que el único requisito que debiera cumplir ese bien es el de ser susceptible de constituir el objeto de un contrato. Habría que consistir, por consiguiente, en un bien "intra commercium" según las reglas generales.

Esta primera aproximación nos reconduce, sin embargo, a una imprescindible matización. Porque formulada en términos tan amplios no encierra sino sólo una parte de verdad. El acto publicitario es un puro y simple acto material. Por consiguiente, una vez realizado, la comunicación que entraña poten

cialmente está en disposición de surtir sus efectos propios. De ello deriva un acto, con las características señaladas en los artículos 2º y 3º del Estatuto, es un acto de publicidad aunque su contenido objetivo esté jurídicamente excluido del tráfico. Lo que determinará, entonces, que se desencadene el mecanismo de la especial disciplina jurídica que la Ley consagra y, en general, el sancionador del Ordenamiento.

Un acto de publicidad relativo a un objeto de tráfico ilícito por naturaleza es "naturalmente" un acto de publicidad, del mismo modo que lo es el referente a un objeto "intra commercium". La diferencia está no en la calificación de la naturaleza del acto sino en las consecuencias jurídicas que se conectan en el primer caso a su ilicitud (16). Y, precisamente que se desencadene la disciplina sancionadora de aquél acto comporta precisamente la calificación del mismo como de publicidad.

En rigor, pues, la única circunstancia que desde el punto de vista objetivo, debe cumplirse en el acto de publicidad es que se refiera al sector de la realidad en que los intereses son disponibles por voluntad privada y, por lo tanto, susceptibles genéricamente de composición a través de los contratos.

Por ello es precisamente censurable la dicción

legal en el artículo 2º, cuando habla de promover la contratación de una persona. La persona no es en modo alguno susceptible de constituir el objeto de un contrato.

La referencia expresa a la persona sólo tiene, a mi juicio, sentido en inmediata relación con la expresión legal que le antecede. Dice la Ley: "... para dirigir la atención del público hacia una determinada persona, producto o servicio ...". Siendo tan variadas y múltiples las posibles modalidades de esa llamada de atención, la ley no ha querido que se plantease la duda en torno a si una simple apelación al público sobre la persona constituiría o no un acto publicitario. La respuesta es afirmativa, pero puesto que la persona en sí no puede ser objeto de contrato, aquella llamada de atención sobre sí misma, será publicitaria si su finalidad es la de que se incremente el volumen de sus operaciones negociales.

Sin embargo, la letra de la ley constituye, en este punto, un argumento más a favor de la tesis de que no se reduce la publicidad al ámbito llamado comercial. Es habitual en la doctrina, e incluso en la legislación -como la alemana por ejemplo- referirse a la firma, en relación con la cual caben las llamadas de atención al público que se enjuician desde los criterios de la disciplina de la competencia. Es evidente que eludir la expresión y sustituirla por la genérica de persona, obedece

a un designio intencional paralelo al que se apuntó más arriba respecto del término clientela. No necesariamente ha de referirse a una firma el acto publicitario sino que la contratación que favorece es la que está en disposición de concluir cualquier persona, sea, desde luego, ésta física o jurídica.

Conviene advertir que en la caracterización del acto de publicidad no influye cual sea la posición que ocupe como parte, en su caso, el anunciante en el contrato principal que se favorece. Tanto puede ser realizado el acto por el vendedor como por el comprador, o, en términos generales, cualquiera que sea la posición que al anunciante corresponde según la naturaleza del contrato.

b) Respecto de factores de la producción.-

En realidad, al hablar de bienes de la vida en sentido general, ya quedan de hecho englobados los que la ciencia económica cualifica por su inmediata relación a la obtención de las riquezas o de los recursos. Pero importa destacar que en el elemento objetivo de un acto de publicidad en sentido legal se encuentran incluidos aquellos bienes que constituyen los factores de la producción.

Un anuncio sobre oferta o demanda de trabajo, sobre posible contratación de suelo rústico, urbano o industrial, o sobre las disponibilidades o exigencias de recursos fi-

nancieros, son legalmente tan "publicitarios" como los que se destinan a favorecer la contratación de cualquier bien de consumo masivo e, incluso, de escaso valor intrínseco.

No existe, pues, ninguna diferenciación cualitativa con base en la Ley, que sea semejante a la que en las áreas negociales de la publicidad puede establecerse entre publicidad comercial e industrial y financiera. Estas distinciones que pueden tener alguna relevancia desde el punto de vista de la instrumentación de la técnica publicitaria, son perfectamente desconocidas e irrelevantes a la hora de una calificación jurídica de la publicidad.

C) Elementos relativos a la actividad. - Se considera necesario

completar el cuadro del análisis del acto de publicidad que se viene exponiendo, con una referencia al elemento relativo al acto mismo como resultado de un "hacer". Es en este sentido en el que hay que entender este epígrafe que acaso por su titulación pudiera resultar extraño teniendo en cuenta que hasta ahora me he venido refiriendo sin duda a la indagación de elementos relativos todos ellos al acto de publicidad. Pero ahora estos elementos se toman o pretender tomarse como indirectamente referidos al "hacer" del que el acto es resultado.

Dice el artículo 2º del Estatuto que es publicidad "toda divulgación". La primera importante consecuencia que

se obtiene es que el acto de publicidad es un simple acto material, porque es el resultado de un hacer material, la comunicación.

Ello tiene una gran trascendencia jurídica porque la ley para la calificación del acto como de publicidad no atiende ni prejuzga cómo se haya instrumentado jurídicamente ese acto ni cuales hayan sido sus resultados efectivos. Ni el hecho de que sea el resultado de un contrato tipificado en el Estatuto como de publicidad añade nada a su calificación, ni el hecho de que no se hayan obtenido los esperados resultados de un contrato de esa naturaleza resta nada a la consideración del acto como de publicidad.

De aquí deriva que para la calificación no juega la intervención de ninguno de los entes a los que la Ley denomina sujetos de la actividad publicitaria. En rigor no hay más sujeto que el que realiza materialmente la comunicación.

Tampoco altera lo más mínimo la naturaleza del acto el hecho de que haya desplegado su eficacia última mediante la conclusión de contratos a cuyo favor se instrumentó. Y es aquí donde nuevamente destaca la noción de potencialidad o probabilidad que preside el fenómeno publicitario. Las reglas de la experiencia que derivan de la probabilidad estadística se tienen en cuenta de manera general para considerar que el me

canismo de "respuesta" de los destinatarios actuará en una determinada dirección (17).

La contemplación del acto de publicidad como núcleo de la materia de una regulación legal se orienta desde los criterios de considerarlo como acto frente al público. Los demás aspectos de la llamada en la ley "actividad publicitaria" tendrán relieve jurídico o no por su propia índole -así lo relativo a la contratación publicitaria- pero en nada modifican la naturaleza y significación del acto de publicidad en sí y su trascendencia para el Derecho.

La segunda consecuencia que se desprende de la expresión literal del artículo 2º de la ley dice relación a lo que podríamos denominar la manifestación del acto publicitario. El Estatuto habla de "toda divulgación".

El término "toda" puede ser tomado en un doble sentido. De un lado, en su significación de cualidad, y, de otro, en un sentido cuantitativo. "Toda", en el primer caso, valdría tanto como "cualquiera", y, en el segundo, como "cada una".

Del aspecto cualitativo me he ocupado más arriba, llegando a concluir que, efectivamente, cualquiera que fuese la naturaleza o modalidad de la comunicación había que entenderla incluida en la expresión legal del artículo 2º.

Importa, por consiguiente, ahora indagar la posible interpretación del término "toda" con referencia a su significación cuantitativa.

También se mantuvo la opinión de que del artículo 2º no deriva una consideración del acto de publicidad como en conexión a otros actos también de publicidad. Y es perfectamente natural que así sea, porque en un terreno como éste de la publicidad de tan extraordinaria labilidad por su relación con la noción de probabilidad y tan influido por las reglas de la experiencia, el legislador, al dar el concepto, no puede atender como criterio cualificador al volumen cuantitativo de los actos.

Hablar de cantidad en relación al acto de publicidad implica ni más ni menos que referir su concepto a la realización en el tiempo. Desde este punto de vista, cabe establecer la siguiente diferenciación.

a) Los actos en serie o repetidos. - Por actos de publicidad en serie, o serie de actos de publicidad, se entiende aquél conjunto de actos que se realizan con idénticos elementos subjetivos y objetivos, en el sentido que más arriba se ha dado a estas expresiones.

Su realización en el tiempo puede sin embargo atender al criterio de la simultaneidad o al de la sucesión o



al de ambos a la vez, siendo ésta última forma, por lo demás, la más frecuente.

Sin necesidad de mayores precisiones por ahora, baste retener que a ese conjunto de actos publicitarios se les dá el nombre vulgar de campaña.

La tarea consiste en averiguar si esta noción de campaña tiene alguna relevancia jurídica a efectos de la calificación del acto. Indudablemente, insertada la publicidad en el campo de la probabilidad, es tanto más probable que cumpla su fin último cuando más machaconamente se prodiguen las comunicaciones. Si la publicidad obedece al designio de que los destinatarios lleguen a manifestar su voluntad de modo capaz a la conclusión de un contrato, y si esta "respuesta" basta con que pueda producirse ni siquiera en relación de inmediatividad con la solicitud -de modo mediato o inmediato, dice la ley-, parece obvio que ésta apelación se potencia mediante la serie de actos que mantengan la atención del público. Pero a través de esta argumentación se descubre cómo ella misma contiene unos elementos de valoración. Y ello es algo que, inicialmente no debe influir en la calificación de la naturaleza del acto en sí mismo, sino que, trasponiendo este limitado campo, hace referencia al juicio que debe merecer el acto desde los supuestos de la especial disciplina que lo regula. Una cosa son los

factores o elementos a tener en cuenta para la determinación de la naturaleza, y otra muy distinta los que deben conjugarse para la interpretación valorativa de la peligrosidad en concreto que desencadena el mecanismo represivo y sancionador que el Estatuto contiene. La probabilidad en abstracto es la única susceptible de tenerse en cuenta para la calificación del acto como de publicidad, y, por consiguiente, es la única que el legislador tiene en cuenta. Aquella abstracta probabilidad viene inducida objetivamente en todo acto material de comunicación que persiga la persuasión de los destinatarios para la conclusión de contratos. Cada uno de estos actos materiales es uno e individual acto de publicidad, con independencia de que simultánea y sucesivamente se produzcan o no otros actos de igual naturaleza, cuya oportunidad concreta será ponderada por la técnica publicitaria.

Cierto que el propio Estatuto, al tratar de la contratación publicitaria, se refiere, expresamente, al concepto de campaña de publicidad. Pero ante la indeterminación legal del concepto, tanto por lo que se refiere al número de actos como a los límites de tiempo, hay que entender que con ello no hace la ley sino partir del hecho sociológico de que normalmente los contratos de publicidad se concluyen teniendo por objeto la ejecución de lo que negocialmente se entiende por una

campaña de publicidad. Pero sin que quepa deducir que el Estatuto reduce el ámbito material de su aplicación en torno al acto de publicidad que se realiza en conexión con otros actos. En de destacar, además, que la ley sólo se refiere a la campaña cuando disciplina el llamado contrato de publicidad, pero ni es el de obra publicitaria ni en el de tarifa se vuelve a mencionar para nada tal término, e incluso, expresamente, se habla de elemento o pieza o resultado publicitario. Lo que, sin duda alguna, refuerza la tesis aquí sustentada.

Insisto en señalar, sin embargo, que si a efectos de calificación del acto no tiene importancia el concepto de campaña, sí la tiene desde la óptica de la disciplina especial que el Estatuto consagra. Puesto que en ocasiones, sólo a través de la campaña, podrá obtenerse la real significación de la comunicación publicitaria. Que es lo que hace también importante el concepto a efectos de la determinación de qué se entienda por mensaje, como objeto del acto de publicidad, lo que supone ciertamente una innegable relevancia desde el derecho a la utilización de ese mensaje y, en suma, desde la perspectiva de la contratación publicitaria. Pero como se advierte, son todas ellas cuestiones ajenas, en principio, a la calificación del acto en sí mismo como de publicidad y, por consiguiente, como delimitador del alcance material del Estatuto.

Pero, en relación con los actos de publicidad en serie, sí existe un punto de indudable trascendencia a la hora de calificar el acto de publicidad. Me refiero a aquellos supuestos, nada infrecuentes en la práctica, de lo que vulgarmente se conoce con el nombre de campaña de intriga. Se constituyen por una serie de actos sucesivos, en la que los primeros de ellos no persiguen sino despertar el interés del público por el camino de su curiosidad, manteniendo en secreto, hasta que el enigma se resuelve, el elemento objetivo, el sujeto de cada acto e incluso ambos. Cúal sea la calificación que merecen estos actos en tanto que no llega la resolución del enigma, es algo de cuya trascendencia jurídica no puede dudarse. Porque no se debe olvidar que esa calificación atrae o lleva tras sí una especial disciplina jurídica que el Estatuto consagra, y que viene orientada en función del interés de los consumidores y del de los competidores.

Evidentemente, si cada uno de los actos merece una propia calificación, parece difícil que a los enigmáticos les cuadre la de ser auténticos actos de publicidad, puesto que en ellos está ausente, si se les considera aisladamente, el elemento intencional y finalista de promover la contratación. Y, según el nº 1º del artículo 3º del Estatuto, se excluye de la calificación legal de publicitario el acto que no persiga la

promoción de los contratos. En mi opinión, sólo es posible enfrentarse con la calificación jurídica de estos actos desde la base que nos otorga el artículo 2º al ampliar la posibilidad de que la promoción de la contratación se intente mediata o inmediatamente. La mediación ahora se produce por virtud de otros actos, en concreto aquél que resuelva el enigma. Claro es que subsiste el problema para el caso de que no llegara a resolverse. Entonces no se podría hablar de acto de publicidad, pues aun cuando la intención del autor de promover los contratos hubiere existido desde el primero, es obvio que esa intención no habría llegado a alcanzar una traducción objetiva y habría quedado frustrada. El acto de publicidad lo es por su referencia a la posibilidad efectiva de que produzca sus resultados propios. La disciplina de aquellos escapa a la especial contenida en el Estatuto para conectarse, en su caso, a la general del ilícito civil o penal.

b) El acto continuado. - Junto a los actos de publicidad en serie cabe situar el acto de publicidad cuya realización comporta un cierto espacio de tiempo continuado. Se trata de un único y solo acto que perdura en su ejecución.

Este llamado acto continuado dice relación a la forma en que se produce. Pero importa destacarlo aquí por su indudable referencia al tiempo de su realización.

Normalmente, cuando se piensa en un acto de comunicación, se asocia a la idea de instantaneidad. Más todavía si de algún modo se conecta aquél con los llamados medios de comunicación social, cuya vida es de hecho tan efímera. Pero, sin embargo, la técnica publicitaria explota sistemas comunicativos que permitirían hablar de una "situación de comunicación".

Esa "situación de comunicación" es la que podemos llamar acto continuado. No es tanto, pues, que perduran sus posibles efectos, cuanto que lo perdurable es el mismo acto comunicativo.

Ciertamente que tampoco encontramos base legal alguna para dar un tratamiento diferente a esta especial categoría de actos que, de reunir los requisitos que se contienen en el Estatuto con carácter general, merecerán, sin duda, el calificativo de publicitarios.

Las especialidades que, en su caso, alcanzan a tales actos vendrán no por la vía de su calificación -in negablemente publicitaria- sino por la del tratamiento que merezcan desde los supuestos de la disciplina jurídica de la actividad publicitaria (18).

## II.- EL SUJETO DEL ACTO DE PUBLICIDAD. EL ANUNCIANTE

Supuesto que el acto de publicidad es, simplemente, el acto material de la divulgación, con independencia del carácter negocial de otros actos a través de los que haya podido instrumentarse, sujeto del acto de publicidad es, como de cualquier otro acto, aquella persona que lo ejecuta.

Pero, desde criterios jurídicos, no es ni mucho menos suficiente tal afirmación, ya que el Derecho conoce la posibilidad de la interposición de terceros en la ejecución de los actos, configurando sobre esta realidad la doctrina general de la gestión de negocios ajenos y, en particular, la de la representación.

En un sentido estricto, el sujeto del acto de publicidad no coincide siempre, o no tiene por qué coincidir en todos los casos, con el anunciante.

El anunciante es quien se propone la finalidad que el acto de publicidad persigue, lo que, desde el punto de vista de la instrumentalidad, significa que es la persona o el ente que está en disposición, y tiene la voluntad, de concluir el acto o los actos principales a los que el de publicidad se conecta. En términos jurídicos es el ente en cuyo interés se realiza el acto de publicidad, aunque sea otro su autor material.

Sea cuál sea la formulación material del acto de publicidad, desde criterios jurídicos ha de buscarse a su través siempre al portador del interés en el ejercicio de la actividad principal, y puesto que se conecta a quien tenga atribuida personalidad jurídica, es obvio que el anunciante es, en todos los casos, una persona, física o jurídica.

Consiguientemente, el aspecto relativo a la capacidad para ser anunciante se reconduce al de la capacidad general para el ejercicio de la actividad principal que con la publicidad se pretende fomentar.

A) Situación jurídica del anunciante. - Determinado el ámbito material del Estatuto en torno al concepto de acto de publicidad, y caracterizado éste, legalmente, por su conexión a otro acto de contenido económico que se ejerce frente al público, parece evidente que la naturaleza del anunciante es legalmente irrelevante para que el acto merezca la calificación de publicitario y le alcance, en consecuencia, la preceptiva estatutaria.

Nuevamente cabe considerar la insuficiencia de la delimitación que pretende significarse con la expresión "publicidad comercial". Si con referencia al contenido del acto publicitario, el adjetivo resulta inadecuado e inexpressivo, a idéntica conclusión se llega si queremos referirlo al anunciante.

El acto no es o no deja de ser de publicidad



porque el anunciante sea o no comerciante. Puede no serlo y, sin embargo, ser técnicamente anunciante si en su interés se realiza uno de los actos que pertenezca a la categoría de los que el Estatuto disciplina.

Porque, como ya se ha indicado, el acto principal de contenido económico no es necesario que se ejerza por el anunciante como conectado en una serie. La Ley no solo no exige este requisito sino que, expresamente, lo ignora al referirse a que "será considerada actividad publicitaria toda divulgación" que provoque la contratación de un producto o servicio (art. 2º). El intento de concluir un solo contrato, califica al acto de publicitario y, por lo tanto, queda sometido al Estatuto.

Que la realidad evidencie que la publicidad surge como instrumento predilecto de los que ejercen una actividad seriada para el mercado -de los empresarios en suma-, y que ése sea el campo de su máximo desarrollo y agresividad, no llega a desmentir la naturaleza de instrumento que puede ser -y lo es de hecho- utilizado fuera de ese campo y, en este sentido, el acto de publicidad es tal aunque se conecte a un solo y aislado acto de contenido económico.

Cierto que la cualidad de comerciante hace muy difícil de hecho llegar a pensar en un acto de divulgación

realizado en su interés que no sea desde luego acto de publicidad en sentido propio. Y ello por las expresiones que la ley utiliza en su artículo 2º cuando establece que la promoción de los contratos basta que se produzca de modo mediato. De suerte que siempre que un acto voluntario de divulgación descubra de algún modo la identidad de la persona en cuyo interés se realiza, y ésta sea comerciante, estaremos en presencia de un acto de publicidad. Pero importa destacar que éste será tal no por ser comerciante el interesado sino porque siéndolo cualquier divulgación que lo identifique se conecta a la actividad principal que para el mercado ejerce, que, por su definitivo contenido económico, califica el acto de publicitario. De donde también ahora se infiere que en todos los casos es sólo el contenido del acto el que determina su calificación.

Ahora bien, en relación al supuesto del anunciante que ejerce una empresa parece necesario establecer una serie de precisiones que derivan de la observación de la realidad.

El tráfico moderno se encuentra estructurado según una organización que por su disposición desde el productor del bien al último consumidor se llama vertical. Ello implica que desde la obtención del bien hasta su última colocación al destinatario existe una cadena ininterrumpida de interesados en

la promoción y efectiva salida del producto. Estos interesados que constituyen eslabones en la cadena no satisface íntegramente su interés con la colocación del producto a quién se encuentre situado en el eslabón siguiente, sino que sólo queda satisfecho con la efectiva salida del producto al consumidor. Y esto se destaca con mayor fuerza en el caso del fabricante.

Siendo esto así, parece obvio que todos los partícipes en la cadena se encuentran interesados en la efectiva conclusión del negocio jurídico que comporta la salida del producto al consumidor. Y en este sentido, la comunicación publicitaria supone que ella se insinstrumenta en cierto modo en interés de todos y cada uno de los situados en la organización vertical del tráfico. Tanto más evidente es todo esto cuanto se piense referida la publicidad a un producto de marca.

Y ello es tan real que, normalmente, las grandes acciones publicitarias se suelen instrumentar por el fabricante, quien las utiliza como arma en que apoyar su efectiva organización comercial en sentido vertical, consiguiendo una efectiva multiplicación de los puntos de venta de sus productos, en cuanto que todos los situados en la cadena ven potenciadas las expectativas de sus negocios en base a las acciones publicitarias que emprenden quienes los utilizan para la distribución de sus productos.

Es necesario proyectar los criterios jurídicos sobre esta realidad viva para extraer la totalidad de las consecuencias que las normas entrañan.

Si se ha sostenido que anunciante es aquél en cuyo interés se realiza el acto de publicidad, en cuanto que favorece la actividad principal que aquél ejerce, parece que, desde criterios realistas, debe concluirse que de algún modo participan en la cualidad de anunciante cuantos se benefician del acto de publicidad por favorecer la conclusión de sus propios negocios.

Desde luego, parece poder afirmarse que referir la figura del anunciante a la persona que efectivamente carga con el costo de la acción publicitaria, no es, en modo alguno, respetuoso con la realidad. Porque quien costea el acto de publicidad es, desde luego, el anunciante en cuanto que se beneficia de él, pero también éste aprovecha directamente a quien no lo costea, en virtud de la especial situación o posición que ocupa en la efectiva organización del tráfico.

El tema no es en modo alguno una mera cuestión académica sino que, por el contrario, encierra unos importantes efectos prácticos. Porque, en definitiva, al anunciante son imputables unas consecuencias jurídicas que derivan tanto de la especial disciplina jurídica del acto de publicidad cuanto de

la construcción jurídica de la dogmática contractual, ya que una puede ser la persona que costee el acto y otra quién, efectivamente, se aprovecha del mismo mediante la conclusión del contrato principal que aquél favorece y promueve.

Baste ahora con dejar apuntado cuanto antecede de que encontrará su aplicación en otro lugar más oportuno de esta tesis.

a) La Llamada "exclusiva de publicidad". - El Estatuto consagra su Título III a "los sujetos de la actividad publicitaria e Instituto Nacional de la Publicidad". De él, el Capítulo I trata "de los sujetos".

La consideración del anunciante dentro de ese Capítulo, en unión de otros entes, rompe, en mi opinión, con lo que debería haber sido un coherente sistema legal con la determinación de su materia.

No me detendré en censurar la anomalía que representa englobar bajo una misma rúbrica el tratamiento jurídico de aquellas personas que, en efecto, son sujetos de la actividad publicitaria strictu sensu, con el de aquellas otras que sólo lo son si se toma tal actividad en un sentido diverso y, de luego, mucho más amplio. Cefiré el examen al régimen legal que se refiere al anunciante y que se recoge en los artículos 15, 16 y 17 del Estatuto.

El artículo 15 denomina "exclusiva de publicidad" al "departamento de explotación publicitaria" de los anunciantes. Esta figura de nuevo alumbramiento se somete a una especial disciplina que se complementa con lo prescrito en el Reglamento del Registro General de Publicidad.

Es de advertir, ante todo, la extrañeza que produce la utilización del término "exclusiva". En sentido jurídico, y sin demasiadas precisiones que no son de este lugar, la exclusiva hace referencia al disfrute de un bien o derecho al que por su virtud no puede acceder quien no sea titular de la misma. Como la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene declarado, la exclusiva se configura como una cláusula que implica un pacto de limitación de concurrencia (19).

No se alcanza a descubrir qué sentido puede tener el término cuando se aplica a la persona en cuyo interés se ejercita un acto de publicidad. Ni se destaca el bien o derecho sobre que recae la exclusiva ni el alcance que frente a terceros tiene.

Ciertamente que la exclusiva, en un sentido técnico jurídico, es perfectamente imaginable en relación a la actividad publicitaria, en su más amplio sentido. No es necesario esforzarse para hipotizar un pacto de exclusiva incorporado, a un contrato celebrado entre el anunciante y su Agencia

de publicidad, es el que puede venir la exclusiva impuesta a favor de una u otra parte. Pero no es éste el supuesto contemplado en principio en el artículo 15.

El primer contrasentido jurídico reside en que la exclusiva a que se refiere el precepto no se integra ni dice relación a contrato alguno. Es una simple denominación de un fenómeno de la vida práctica. Se aplica al departamento de explotación publicitaria de los anunciantes. Términos, los de departamento y explotación de una muy dudosa significación jurídica y cuya utilización, por lo demás, comporta una cierta carencia de rigor incluso desde los supuestos económicos. Porque en este campo, la explotación encierra una idea vinculada a la de obtención de un lucro mediante una determinada disposición de los factores productivos que se aplican a una actividad. Para el anunciante, la publicidad no es objeto de explotación, sino un elemento más que coadyuva con otros a la única explotación que es la que constituye el objeto de su actividad principal (20).

CABANILLAS, al enfrentarse a la frase "departamento de explotación publicitaria" afirma que "algunas dificultades suscita su inteligencia" (21). Hablar de departamento lleva en realidad a pensar en el seno de una organización. Pero supuesto que ni organización ni departamento son conceptos a los que quepa referir una autoría ésta hay que referirla

a la personalidad que encarna la organización. Se deduce que la norma contempla el supuesto de un anunciante que, de algún modo, comporta una organización en cuyo seno existe una parcela cuya aportación al conjunto consiste precisamente en realizar materialmente actos de publicidad en interés de la persona que la encarna. Siguiendo a CABANILLAS, explotación publicitaria vale tanto como instrumentación técnica de la publicidad (22).

Consiguientemente, el artículo 15 no se refiere a una determinada cualificación del anunciante. Mira únicamente el precepto al modo cómo los anunciantes pueden instrumentar su publicidad. Ni impone un régimen general para los anunciantes ni interfiere la calificación de ellos ni de su actividad publicitaria, que, como es sabido, es independiente del modo como se instrumente.

Para el supuesto de que los anunciantes instrumenten por sí mismos su publicidad en ciertas condiciones, se impone una especial regulación, que se conecta al tratamiento jurídico de los sujetos que intervienen en la instrumentación técnica de la actividad publicitaria, y que se resumen en la exigencia de obtener un título licencia y de inscribirse en un Registro especial.

No existe, ciertamente, exclusiva alguna. Lo único que hay es una autosuficiencia del anunciante en la ejecu-



ción de sus actos.

Pero en este punto, cabe preguntarse por cuál sea el criterio para medir tal autosuficiencia, o, en otros términos, para que pueda hablarse de "departamento de explotación". Es posible partir de una consideración cuantitativa en el doble sentido de volumen de actos y de dimensión objetiva del "departamento". Pero ni uno ni otro son base suficientemente segura para una diferenciación jurídica. "Las oficinas de publicidad de los anunciantes varían en extensión ... el tamaño del departamento puede no guardar relación con el volumen de la asignación... las dimensiones dependen de distintos factores (cantidad de publicidad, naturaleza de la misma, volumen del mercado, número de productos y marcas, criterios de la Dirección ..."

(23). Si el criterio cuantitativo es inseguro, no lo es menos el que cabría aplicar desde la calificación o especialización del departamento. Ello no puede medirse por el grado de bondad o eficacia última de su actividad, sino, en todo caso, por un parámetro funcional. Esto es, porque de hecho esté dispuesto para cumplir las mismas funciones que técnicamente cumplen las Agencias o los Estudios. Pero, en definitiva, de la Ley no se desprende criterio alguno ni cuáles sean los sujetos a que deba asimilarse ni tampoco si es suficiente que se tenga establecido el departamento aunque no pueda cumplir la totalidad de las funciones que le serían propias.

Del segundo párrafo del artículo 15 parece desprenderse que la Ley reconoce también la cualidad de "exclusiva de publicidad" a la surgida en virtud de una relación contractual con el anunciante. De ser así, la terminología empleada encontraría ahora una mayor justificación. La exclusiva constituiría un pacto dentro de un contrato entre el anunciante y quién asumiera el encargo de instrumentar su publicidad. Esta idea de la posible exclusiva de origen contractual vuelve a encontrarse en el artículo 10 del Reglamento del Registro General de la Publicidad.

Tanto CABANILLAS como MARTIN OVIEDO al comentar este tema, parten de que, efectivamente, en el artículo 15 del Estatuto y 10 del Reglamento citado se configura aquella exclusiva (24).

Del párrafo primero del artículo 15 no sólo no deriva la existencia de la figura sino que, incluso, el origen contractual de la exclusiva sólo se refiere a la que se concierte con los medios de difusión. Parece inconsecuente que el párrafo segundo del precepto dé por sentado lo contrario. Error en que incurre, igualmente, el artículo 1 del Reglamento que no hace sino reiterar lo dispuesto en el segundo párrafo del precepto legal.

Puesto que la norma no define, se hace necesaria una interpretación constructiva. La exclusiva de origen contractual implica un contrato entre un anunciante y otra persona dirigido a la instrumentación de la actividad publicitaria del primero. La exclusiva puede venir impuesta al anunciante o a la agencia. En el primer caso, aquél se obliga a que todos y cada uno de sus actos de publicidad sean instrumentados por la agencia. Si es ella quien carga con la exclusiva, no podrá dedicar su actividad sino al anunciante.

El supuesto del contrato con cláusula de exclusiva a cargo del anunciante, no es el contemplado en el artículo 15, porque, en primer lugar, es muy frecuente en la práctica que los anunciantes entreguen la gestión total de su publicidad a una sola agencia aun sin pacto de exclusiva, pero, sobre todo, porque tal publicidad se contempla en el artículo 36 del Estatuto sin que por ello pierda el carácter de agencia la que goce de la exclusiva.

Queda, pues, la posibilidad del segundo de los supuestos, esto es, aquél en el que la exclusiva se pone a cargo de la agencia. Para este caso, el pacto de exclusiva debe ser de carácter general o ilimitado respecto a la total actividad de la agencia, que no podrá encargarse de instrumentar publicidad alguna para quien no sea el anunciante. Así se desprende del propio sistema legal puesto que las exclusivas limitadas son

incluso una obligación impuesta legalmente a las agencias por virtud de sus contratos de publicidad, y aunque dispensables por pacto en contrario, es, sin embargo, lo que la ley quiere como regla (cfr. art. 36).

En definitiva, y traduciendo el criterio a términos de la práctica, el fenómeno de este tipo de exclusiva es similar en todo al otro que pudiéramos llamar de exclusiva interna. En uno y otro caso, se trata de la instrumentación de la actividad publicitaria, pero mientras en uno se lleva a efecto desde el seno de la propia organización, en el otro se desarrolla por una persona ajena.

El ordenancismo obsesivo del legislador en esta materia le ha llevado a configurar arbitrariamente una situación que no encontrará, realmente, una traducción en la vida práctica.

Porque el artículo 15 del Estatuto -y el 10 del Reglamento- declara que a esta figura le serán aplicables las normas relativas a los anunciantes. La primera reacción es de sorpresa porque puede afirmarse que en todo el Estatuto se encuentra un solo precepto que se refiera al anunciante en cuanto tal. Acaso la única consecuencia de la norma pueda encontrarse por la vía negativa del que quedarán excluidas las llamadas "exclusivas de publicidad" de origen contrac

tual del régimen jurídico aplicable a las agencias, No le ~~serían~~ aplicables las normas relativas a la representación de intereses en los Organos que el Estatuto instaure, cuanto las que se refieren, y también en el futuro, a la disciplina profesional, e incluso no le sería aplicable el trato distinto en el aspecto económico que se deduce de algún precepto.

Se comprende entonces que sea posible afirmar que la figura no se encontrará fácilmente en la vida práctica. No porque un anunciante no pueda tener interés en constituir una agencia con su propia personalidad independiente para la instrumentación de su publicidad, sino porque siendo esto así bastará que de facto la agencia desenvuelva su actividad en exclusiva sin necesidad de concluir contrato alguno que específicamente incorpore la cláusula. Y no puede dudarse que una agencia no pierda su naturaleza por el hecho de que no dirija sino la publicidad de un anunciante.

b) Significado de la inscripción en el Registro. - La consecuencia que el Estatuto anuda a la consideración de la llamada exclusiva de publicidad es la de su obligación de proveerse de un título-licencia y la de inscribirse en el Registro General de la Publicidad.

El título-licencia lo dispensa el Ministerio de Información y Turismo, Departamento bajo custodia se pone

también el Registro.

La obligación que se señala descubre cómo la configuración de la exclusiva de publicidad está pensada desde los criterios de la organización profesional de los sujetos que intervienen en la actividad publicitaria. Es la misma que se impone a todos ellos.

Si desde un punto de vista del ejercicio profesional puede estar justificado exigir un título autorizante, la cuestión no es tan clara para el supuesto de la exclusiva. El hecho de que un anunciante cuente con los medios adecuados para la instrumentación de su publicidad, en nada le califican profesionalmente. Ni el anunciante que cuente con esos medios ni el que no disponga de ellos ejercen profesionalmente la publicidad. Ser anunciante es un puro dato de hecho que deriva de la actuación material de una divulgación publicitaria.

En realidad, no se exige la licencia para ejecutar actos de publicidad sino que la habilitación sólo alcanza a la posibilidad de instrumentarlos. Por eso no se trata de imponer un régimen a los anunciantes, y ni siquiera a una categoría de ellos. La exigencia legal es una manifestación de lo que se ha llamado "principio de no interferencia entre las actividades publicitarias", al que se refirió el Subsecretario de Información y Turismo en su discurso ante las Cortes en Pleno en defensa

del Proyecto, como "el intento de evitar la existencia de supuestos híbridos o mixtos que inevitablemente planteaban problemas de competencia desleal".

Sin detenerse por ahora en el mayor o menor rigor que entraña referirse a la competencia desleal, es obvio que la intención clarificadora en este punto sólo puede alcanzar el deslinde de la exclusiva respecto de la Agencia de publicidad. Se pretende que se marque, perfectamente, la diferencia entre las agencias y los departamentos de explotación publicitaria de los anunciantes.

Parece bastante evidente que la clarificación está, de hecho, conseguida por la propia naturaleza de las cosas, puesto que sea cual sea el volumen del departamento, se refiere siempre al anunciante, y éste no es una agencia. No participar del régimen profesional de las agencias, por no serlo, comporta suficiente clarificación sin necesidad de exigir una autorización especial que depende, además, de vicisitudes y circunstancias de puro hecho.

Por otra parte, cabe preguntarse si la autorización administrativa y la inscripción registral son exigibles también a la exclusiva de origen contractual. El artículo 16 del Estatuto impone la obligación a todos los sujetos "que pretendan usar las denominaciones o ejercer las actividades publicitarias

comprendidas en los artículos anteriores". Según esto, a la exclusiva contractual le sería exigible. Pero el artículo 15, como es sabido, declara que a tal figura le son aplicables las normas relativas a los anunciantes, y en ningún precepto se les impone la obligación de inscribirse y de obtener el título-licencia.

En la exclusiva de origen contractual existen, por definición, dos personalidades. Ciertamente no sería el anunciante quién debiera solicitar la inscripción y obtener el título, porque sólo estará obligado cuando tenga en su seno el departamento de explotación publicitaria, y porque, ciertamente, si el propósito legal es el de distinguir figuras afines o de contornos borrosos ninguna confusión cabe entre un anunciante que tenga convenido un pacto de exclusiva y cualquiera de los demás sujetos. Cabría acaso entre la agencia a cuyo cargo se coloca la exclusiva y todas las demás, con lo que parece que sería aquella quien debiera proveerse de la autorización y lograr la inscripción. Pero ni una ni otra cosa añaden nada a la clarificación que deviene mucho antes por el hecho de no gozar del régimen de las agencias que es lo que dispone justamente el artículo 15 del Estatuto.

Del Reglamento del Registro de la Publicidad tampoco se deduce un criterio claro. El artículo 9º se ocupa de la exclusiva interna a la que impone la inscripción, cuyo



proceso se desarrolla en el artículo 22. Sólo el artículo 10 contempla, como es sabido, la exclusiva de origen contractual para reiterar que se aplicarán las normas de los anunciantes. Ninguno de los preceptos que se contienen en el Título III del Reglamento que se refieren a la inscripción caso por caso, acoge la figura de la exclusiva de origen contractual.

Sin embargo, es forzoso reconocer que exigida la autorización e inscripción a la exclusiva interna, que es algo absolutamente innecesario, alguna mayor razón hay para exigirla de las agencias que llegarán a pactar una exclusiva con un anunciante. Aunque sólo sea para que exista una constancia pública de la alteración de su naturaleza en cuanto se le excluye del régimen de las agencias. De este modo si quiere encontrarse algún fundamento en precepto positivo habrá de acudir-se a lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento del Registro de la Publicidad que señala la obligatoriedad de solicitar la inscripción de los contratos "que contengan alguna cláusula de exclusiva". Evidentemente, para inscribir el contrato es previa la inscripción del sujeto, en este caso de la agencia, cuya "conceptuación registral" quedará modificada pasando a la de exclusiva de publicidad.

Pero aún con todas las precedentes observaciones, el tratamiento de esta anómala criatura legal de la ex-

clusiva no pasaría de ser una carencia de rigor si no fuera por que el Reglamento del Registro de la Publicidad ha venido a enturbiarla más todavía con una normativa inaplicable. Con el conocido riesgo que entraña toda norma jurídica, que no se cumple.

En efecto, el artículo 12 del Estatuto establece que las Agencias de Publicidad no podrán constituir ni tener intereses en los medios de difusión, y recíprocamente. Pero los artículos 13 y 14 del Reglamento han ampliado la norma del artículo 12 de la ley a cualquier sujeto de los señalados en su artículo 32, entre los que se encuentran las exclusivas de publicidad. Evidentemente, que en una sana tarea interpretativa, una norma prohibitiva como es la contenida en el artículo 12 del Estatuto exige una interpretación restrictiva, y si a ello se une la consideración del rango diferente entre el Estatuto, promulgado por Ley aprobada en Cortes y el Reglamento, promulgado a virtud de Orden Ministerial, es obvio que las normas contenidas en los artículos 13 y 14 de este último no pueden ampliar el contenido del precepto del artículo 12 de la Ley.

Del juego de los preceptos reglamentarios resultaría que o bien al referirse a la exclusiva interna no está considerando más que el departamento de explotación publicitaria de un anunciante, o bien está considerando la personalidad que encarna la organización en cuyo seno existe el citado de -

partamento. Si lo primero, no es necesario ningún precepto positivo porque por la propia naturaleza de las cosas resulta impensable que alguien -que sería el medio- pueda intervenir en la organización interna de otro. Luego hemos de entender que se refiere a la personalidad que encarna la organización, idea que se refuerza porque el artículo 14 in fine exceptúa expresamente de la prohibición a los propios departamentos publicitarios del medio de que se trate. Pero si la prohibición la referimos al anunciante que cuenta con un departamento de explotación publicitaria, aquélla excede los límites de una regulación de la materia publicitaria para insertarse en el régimen general de restricciones al ejercicio del comercio, y, desde luego, excede el simple marco de una disposición reglamentaria.

Por lo que se refiere a la exclusiva de origen contractual, si bien la norma prohibitiva podría tener una mayor justificación siempre que se refiriera a la parte no anunciante en el contrato de exclusiva, resulta que al declararle aplicables las normas de los anunciantes, no parece posible ampliar el alcance de la prohibición por las mismas razones más arriba expuestas, toda vez que desborda el límite de la prohibición legal, y rebasaría desde luego una regulación de la ma-

teria publicitaria.

Por razones tanto de interpretación general cuanto de la particularmente referida al caso concreto, los artículos 13 y 14 del Reglamento del Registro no son de aplicación al supuesto de la llamada exclusiva de publicidad. Baste dejar reducido su tratamiento al ya bastante inconsistente de la ley, que, entre otras perturbaciones, ha causado que los mencionados preceptos caigan en un ordenancismo tan poco justificado como inaplicable.

Es el artículo 17 el que se refiere a las condiciones y requisitos para solicitar tanto la licencia como la inscripción. Y, entre ellas, sorprendentemente exige "poseer la capacidad necesaria para ejercer el comercio" (nº 1 art. 17). Disposición de una gran inconsecuencia desde el punto de vista jurídico, referida a la exclusiva de publicidad, puesto que la capacidad deriva de la personalidad y sólo son personas el hombre y traslativamente las organizaciones a las que el derecho reconoce tal carácter, sin que a un departamento del seno de una organización, por voluminosa que su función sea, pueda convenirle la personalidad ni, por consiguiente, la atribución de capacidad. Si no queremos despedazar la integridad de la personalidad jurídica, deberá entenderse que la inscripción de la exclusiva será, en definitiva, la inscripción de la persona que

encarna la organización. Y a remedir la desdichada expresión legal ha venido el Reglamento del Registro en su artículo 22. Pero aún así, siempre queda en pié de todos modos una manifestación más del elemento perturbador que significa la exclusión contemplada en el artículo 15 del Estatuto. Ello sin contar con que la exigencia de tener capacidad para ejercer el comercio tampoco tiene que ser forzosamente un requisito de general exigencia toda vez que el anunciante, como tal, no tiene por qué ser comerciante, si bien es normal que lo sea cuando cuenta con una organización en cuyo seno se instrumentan los actos de publicidad (25).

Un único sentido positivo y fecundo hubiera podido tener la exigencia de la inscripción de, al menos, algunos anunciantes. La complejidad de la vida moderna ha ido de terminando un ensanchamiento de la intervención pública en las actividades de índole privada. La intervención, sin embargo, se apoya en ciertos títulos o fundamentos que exigen una especial cualificación en la materia (26). Ciertamente que el ser anunciante no comporta cualificación alguna. Pero justamente hubiera podido servir el Registro como cauce de una primera cualificación porque no debe olvidarse que las llamadas exclusivas de publicidad se asocian sociológicamente a las grandes empresas que utilizan preferentemente el arma publicitaria. De ese

modo, los Organos que se establecen en la misma ley para su mejor aplicación podrían nutrirse de la representación de ciertos anunciantes -los más interesados-. Pero, curiosamente, el Registro no se muestra útil para eso y al establecerse en el Estatuto la composición de la Junta Central de Publicidad se excluye a los anunciantes, tengan o no la consideración de exclusivas (cfr. art. 60)(27).

B) El anunciante público. - Se ha sostenido aquí que la cualidad del anunciante en nada altera la calificación que merezca el acto de publicidad. Ello vale, naturalmente, para el supuesto en que no sea una persona privada sino un ente de naturaleza pública quién efectúe el acto publicitario.

Si el acto de publicidad es tal con independencia de que aquél en cuyo interés se ejecuta sea o no comerciante del hecho de que a los entes públicos no les convenga el status del comerciante no deriva necesariamente que no puedan ser considerados como anunciantes técnicamente.

Claro está que supuesto que el serlo no comporta ningún status ni implicación subjetiva alguna, no pueden plantearse escrúpulos derivados de la función y fines del Estado y de los demás entes que por su carácter participan de "capacidad pública".

Si interesa tratar el tema ahora es por la repercusión que tiene en la calificación del acto. Porque lo verdaderamente importante es decidir si a una actividad de los entes públicos y semipúblicos, le es aplicable o no la especial disciplina jurídica que el Estatuto consagra y, singularmente, en lo relativo a la competencia desleal.

Acaso entonces el análisis hubiera podido hacerse en otro lugar pero por razones sistemáticas me ha parecido más conveniente encuadrarlo aquí ya que, en definitiva, si se decidiera que la calificación de la actividad se alteraba, lo sería por la naturaleza del ente que interviene como sujeto.

Planteada la cuestión como más arriba se expone, pienso que cualquier respuesta que excluyera los actos materialmente publicitarios de la disciplina propia en virtud de la naturaleza del sujeto, repugnaría bastante a la conciencia contemporánea.

Pero junto a esta razón de principio, acaso no decisiva desde un criterio jurídico puro, cabe colocar, me parece, la de que en la ley no se califica el acto de publicidad sino en virtud de sus peculiares circunstancias objetivas. Y es a ese acto al que conviene una especial disciplina jurídica en todo caso. No hay un solo precepto que autorice a establecer el menor distingo o excepción.

Claro está que acaso un tal precepto, fuera innecesario si es que ya se encontrara recogido en el Ordenamiento el principio que exigiera o aconsejara, al menos, la excepción. Ni constitucionalmente, ni desde los criterios administrativos, me parece que pueda entenderse así. Lo primero no sólo por constituirse el Estado en un Estado de Derecho, sino porque en el Fuero de los Españoles se les garantizan a estos los derechos de la personalidad. Salvo en las circunstancias y con los requisitos señalados en las leyes ni el propio Estado, en virtud de ningún tipo de principio, está autorizado a violar o desconocer aquellos derechos.

Desde un punto de vista administrativista, porque las discusiones pudieran surgir, acaso, si se tratara de una cuestión que afectara a la naturaleza de las propias instituciones o que de algún modo incidiera en su participación en el "imperium". Pero de los principios de nuestro Ordenamiento y de su articulación positiva, se desprende que cuando, incluso el propio Estado, actúa en las relaciones de derecho privado es responsable directo de su actuación (cfr. Título III de la Ley sobre Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 20 de Julio de 1957).

Por lo demás, me parece que nadie discute que cuanto el Estado y los entes públicos realizan una actividad



sometida a reglas especiales quedan ellos mismos obligados a observarlas (28).

Es notorio que con mayor motivo ha de entenderse lo mismo respecto de los Organos de la Administración Local y de cuantos entes e instituciones, cualquiera que sea su carácter, participan de naturaleza pública o semipública.

Los problemas, pues, no pueden venir propuestos en función de esa naturaleza del sujeto. El principio será entonces que cuando tales entes realicen una actividad publicitaria se someten a la especial disciplina jurídica que la regula (29).

Pero, sin embargo, las dificultades se presentan en punto a discernir cuando conviene al adjetivo de publicitaria a la actividad. Porque la creciente intervención administrativa en la vida económica y su misma complejidad moderna supone una actividad planificadora general y de fomento específico en ciertos sectores de la vida económica.

Me parece que el criterio diferenciador entre una actividad reconducible al ámbito de la propaganda dirigista en materia económica y aquella otra que pueda ser publicitaria solo puede venir inducido, como siempre en definitiva, de la finalidad que persigue el sujeto que la realiza. Que en estos casos depende del grado de vinculación de la actividad al cum-

plimiento de las funciones que son propias, peculiares y privativas del Organó que la realiza.

Con ello, en un primer momento, se advierte que ya el problema queda reducido al campo de actuación de aquellos sujetos que tienen atribuidas directamente funciones de planificación y fomento, con exclusión de cualesquiera otros a quienes tales funciones no competen aunque las suyas propias también se vinculen a intereses generales como por definición ocurre.

Aun cuando también la tutela y protección y el fomento de tales intereses presidan, en general, toda actuación de aquellos sujetos señalados en primer lugar, en mi opinión es notoria la diferencia que se advierte entre una actividad persuasiva de conductas sociales que se estiman deseables en aras de la función típica de planificación y fomento -"España ofrece calidad"- y otra actividad igualmente persuasiva que tienda a favorecer la colocación en el mercado de cédulas para el Tesoro o la utilización de los servicios de viajes y alojamientos turísticos organizados y mantenidos por los Organos de la Administración, o, por continuar los ejemplos, que se acuda a presenciar un espectáculo o un concierto.

Posiblemente, dados los amplios términos del artículo 2º del Estatuto, en todos los casos - mediatamente o inmediatamente - estaría presente el estímulo final a la contratación, que permitiría advertir en la actividad el natural elemento publicitario.

Por consiguiente, creo que no podría decirse sin más que el problema se reduce a clarificar nítidamente la diferencia entre publicidad y propaganda. Lo que ocurre es que a través de las funciones de ciertos sujetos de naturaleza pública, el ámbito de ésta última se ensancha a costa del de la primera y dejan de poder ser considerados publicitarios ciertos actos que reúnen los requisitos objetivos o materiales para poder alcanzar tal calificación (30).

#### C) Pluralidad de anunciantes.-

Un caso que merece destacarse por su aparente especialidad, y por su frecuencia en la práctica, es aquel acto jurídico que se instrumenta en favor de varios anunciantes.

Es el supuesto que técnicamente se conoce como publicidad agrupada o colectiva (31). Es separable el supuesto del de la publicidad que se realiza en favor de productos o servicios diversos. En éste, la pluralidad no está de parte del sujeto sino de la materia o el contenido del acto.

También ahora, desde un punto de vista de

calificación del acto, el hecho de la pluralidad de anunciantes es en absoluto irrelevante, aunque pueda dejar de serlo desde los criterios de la disciplina jurídica de la actividad.

El acto de comunicación que promueva la contratación que varios sujetos están en disposición de concluir, es un acto de publicidad que se somete íntegramente a la regulación legal sin especialidad alguna.

NOTAS AL CAPITULO II

- 1) Siempre, claro está, que concurren los demás elementos propios a la calificación. Singularmente el de la intencionalidad. Con agudeza destaca estas cuestiones J.L.L. ARANGUREN : "La comunicación humana" B.H.A. núm. 19 ed. Guadarrama Madrid 1.967 pág. 152.
- 2) J.L.L. ARANGUREN, op. cit. pag. 11. Los subrayados en el original.
- 3) J.L.L. ARANGUREN op. cit. pág. 153. Creo que conviene tener en cuenta que el autor se refiere a "comunicación publicitaria" como la que se realiza sólo a través de los medios de comunicación social en sentido estricto, Por lo demás, cuando la asimila a la "comunicación informativa" (vide capítulo 21 de su obra citada) me parece que es por partir -dado naturalmente el objeto de su estudio- de observar la estructural identidad de ambas en el contexto de la "sociedad de masas". Se advierten, en efecto, los mismos rasgos formales, el aprovechamiento de las mismas técnicas y el desencadenamiento de un análogo proceso de respuesta para la misma vía psicológica. Pero la identidad estructural no puede sernos útil en un planteamiento jurídico. Como no sea justamente para advertir también la necesidad de que toda comunicación -también la "informativa" -se somete a unas reglas. Que serán, sin embargo, diferentes con toda seguridad.

4) J.K. GALBRAITH: "El nuevo estado industrial". Trad. Manuel Sacristan. Ed. Ariel. Barcelona 1.967 pág. 227.

5) Se ha visto en el Capítulo I.

6) J.K. GALBRAITH, op. cit. especialmente Capítulo XVIII, titulado precisamente "La gestión de la demanda específica".

7) Con el término "reclamo" todavía se alude por numerosos autores al fenómeno publicitario. Especialmente en Francia, Italia e incluso Alemania.

8) Se advierte por este camino la exactitud de lo que se dice en nota 3 precedente. Porque si efectivamente toda información es tendenciosa, y la comunicación publicitaria sufre la influencia del grupo que señala la ruta por la que él mismo quiere ir, no por ello la nota de "manipulación" pierde su importancia como sostiene L. ARANGUREN, sino que importa mucho la naturaleza de esa manipulación, que viene determinada por la finalidad. Que para el Derecho es precisamente lo relevante al intentar someterla a unas reglas, que me parece que coincide en definitiva con lo que el mismo autor parece propugnar al señalar la necesidad de una decisión que supere ciertamente los peligros sociales que se advierte en el fenómeno publicitario. Coincidencia que naturalmente solo es relativa por que el Derecho ha de intentar la superación de acuerdo con su propio carácter. Pero crea que la interpretación de las normas debe desde luego obedecer a esa intención superadora y eliminadora de su peligrosidad social.

- 9) L. SORDELLI, op. cit. pág. 26.
- 10) Creo que puede advertirse mi identificación con L. ARANGUREN a la vez que mi discrepancia, motivada por la diferente perspectiva -en mi caso, jurídica- desde de la que se contempla el fenómeno.
- 11) Se apuntó ya en el Capítulo I de esta tesis.
- 12) T. ASCARELLI, "Teoría ..." cit. pág. 223.
- 13) T. ASCARELLI, "Teoría .,," cit. pág. 224.
- 14) La publicidad constituye una pieza en la "organización" del tráfico, cuando se utiliza en el racionalizado, Creo que ningún autor deja de advertir que supone la aproximación entre productores y consumidores, el vínculo entre las ofertas y demandas, etc. Las referencias serían aquí interminables. - Baste señalar, por su expresividad, lo que el Profesor C. FERNANDEZ NOVOA señala sobre la "mecanización" que supone la - publicidad de los tratos negociales ("La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias" R.D.M. nº 107 pág 16 y s.). Instrumento del que de hecho se vale hoy día cualquier contratación aunque sea ocasional y no planificada.
- 15) T. ASCARELLI, "Teoría ... cit. págs. 222 y §. Que cuando el acto de publicidad se manifieste no como simple apelación a la atención del público, sino como ofertas o invitaciones - para ofrecer deba contemplarse también desde la dogmática de las obligaciones, no supone que deje entonces de quedar sometido a la disciplina jurídica que por su naturaleza publicitaria le es aplicable. Consiguientemente suscribo la teoría del maestro italiano respecto a la potenciabilidad del acto de publicidad para que se verifiquen y multipliquen los actos

de cambio. Pero siempre que no quieran llevarle las conclusiones a negar cualquier tipo de consecuencia del acto publicitario en el ámbito negocial estricto.

16) El acto publicitario es un simple acto material. Independientemente por lo tanto de que sea o no el resultado de una relación contractual, la disciplina se anuda a él mismo. Sin perjuicio de las consecuencias que puedan advertirse desde la perspectiva de la contratación, que tuvo por objeto su ejecución.

17) Vide sobre esto, nota 15 precedente.

18) Me refiero fundamentalmente a los anuncios a través de vallas fijas por cierto tiempo en determinados lugares. Y no dudo que tales actos no ofrecen especialidad alguna por su naturaleza publicitaria, sino sólo por su especial modalidad que es lo que determinó el Decreto de 20 de abril de 1.967 que dicta normas específicas en atención a las circunstancias de la ejecución del acto de publicidad exterior, pero que no lo sustrae a la general disciplina contenida en el Estatuto.

19) Entre otras S.T.S. de 18 de marzo de 1.966.

20) Incidentalmente la artificial consideración de la exclusiva del anunciante como su departamento de "explotación" - puede crear un problema al permitir interpretar que rinde - sus propios beneficios. Y tratándose de un problema de imputational economics", podría acaso darse lugar a un doble resarcimiento para el anunciante en el caso de incumplimiento de un contrato por parte de un tercero frente al anunciante,



En este sentido, vide L.L. FULLER y W.R. PERDUE: "Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza". Trad. y comentario de J. PUIG BRUTAU. Bosch. Barcelona 1957 pág. 52 y s., especialmente el caso que citan Vitagraph-Lubin-Selig-Essanay V. Billings.

21) P. CABANILLAS, op. cit. pág. 55.

22) P. CABANILLAS op. cit. pág. 55.

23) Rev. PUBLICIDAD nº 4-5 pág 99 y ss., artículo referido - al anunciante en los Estados Unidos de America.

24) Hay que reconocer que CABANILLAS guarda silencio sobre - éste punto, lo que parece que implícitamente supone admitir que existan esas exclusivas de origen contractual de los anunciantes. J.M. MARTIN OVIEDO, op. cit. pág.31.

25) En relación con este punto, CABANILLAS sostiene que la interpretación del artículo 17 debe ser flexible, puesto que no puede considerarse que resulte aplicable íntegramente a los anunciantes que se instrumentan por sí mismos su publicidad (P. CABANILLAS, op. cit. pág. 55). Lo cuál es un argumento más para estimar que el régimen que establece el Estatuto no es de aplicación a los anunciantes en cuanto tales, y que sólo les alcanza en la medida en que "interfieren" con su actividad con otros sujetos cuya dedicación profesional es la que inspira únicamente toda esta normativa.

26) Sobre esto, la doctrina administrativa ha fundamentado toda su construcción en torno a la intervención administrativa. For todos, vide. J.L. VILLAR FALASI; "La intervención administrativa en la industria". I.E.F. Madrid 1.964. T.I.

27) El olvido legal se ha remediado en la Orden de 30 de enero de 1.965 sobre constitución de la Junta Central que en su artículo 4º, 2, c) dá entrada a una representación de los anunciantes. Pero en cuanto tales, y no como exclusivas de publicidad.

28) Por lo que se refiere al Derecho mercantil, está muy claro el sentir de la doctrina. Por todos, J. RUBIO, "Introducción. .." cit. pág. 556.

29) Si la disciplina jurídica de la publicidad se fundamenta en el mantenimiento del orden jurídico y social, en el respeto a la persona, en la defensa de los intereses generales de la economía y especialmente del marco de la competencia, es otro que cualquier ente dotado de capacidad pública que realice publicidad ha de someterse a sus normas. Máxime si se conciben las referidas a la lealtad en la competencia simplemente en función de las circunstancias objetivas que dimanen del influjo sobre el mercado, como paladinamente sostiene, entre otros, L. SORDELLI: "La concorrenza Sleale". Ed. Giuffré. Milán 1.955. en especial págs. 44, 47, etc.

30) Sobre el papel de la propaganda pública, vide M.S. KHALIL: "Le dirigisme economique et les contrats." París, 1.967.

31) H.A.B. LCHISTALAN, op. cit. págs. 91 a 111. Desde un punto de vista de la técnica publicitaria: C.R. HAAS: "Teoría, técnica y práctica de la publicidad". Ed. Rialp. Madrid 1959.

## CAPITULO TERCERO

### EL ACTO DE PUBLICIDAD (Cont.)

#### I.- EL OBJETO DEL ACTO DE PUBLICIDAD

##### A) El mensaje publicitario

a) Concepto. - Desde un punto de vista estructural, en todo acto de publicidad se descubre un elemento comunicativo que entraña el fin directo ó inmediato de que los destinatarios obtengan un determinado "conocimiento".

El objeto del acto de publicidad, está en "lo" que se comunica, ésto es, aquello que se lleva al conocimiento del público. Pertenece por éso, siempre, al mundo de las ideas, en cuanto objeto del conocimiento. Y es a ese objeto al que se denomina aquí mensaje publicitario.

Entre el comunicante, anunciante y el público, destinatario de la comunicación, circula el comunicado ó mensaje publicitario, que constituye de este modo el objeto único y propio de la actividad publicitaria stricto sensu.

La importancia de la recta comprensión de lo que constituye

el mensaje publicitario es notoria si pensamos que desde él es posible el enjuiciamiento del acto de publicidad a la luz de los su puestos contemplados y previstos en la disciplina jurídica del mis mo (1), pero además porque la construcción del mensaje es la sección medular de lo que aquí ha venido llamándose instrumenta ción técnica del acto publicitario, a la que inmediatamente se co necta la instrumentación jurídica a través de las figuras contractua les tipificadas en el Estatuto de Publicidad. Ello no quiere, decir, sin embargo, y aún a riesgo de anticipar ideas es necesario ad vertirlo en seguida, que el mensaje sea el único elemento relevan te en el enjuiciamiento del acto ni que su formulación agote la ti pología legal de la contratación en materia de publicidad (2). Pe ro en cualquier caso constituye en verdad el punto de partida.

En un sentido purista, y desde luego desarraigado de la realidad, el mensaje publicitario consistiría en aquello que se propone al ser inteligente a que se destina, que, mediante esa ilustración racional, se encontraría en disposición de poder adop tar la mejor decisión que comporta toda elección.

Pero aunque desgraciadamente esa consideración esté muy lejos de la realidad, nos sirve, sin embargo, para ex traer la consecuencia de que el mensaje de publicidad es, en su ma, lo que se propone a la persona - considerada ahora como unidad inescindible entre entendimiento y voluntad - a que se des

tina, que encontrará así el "motivo" para adoptar la decisión que resuelva la elección.

b) Diferenciación de otros conceptos afines.- En mi opinión, para llegar a delimitar con claridad el concepto de mensaje publicitario es necesario separarlo de otras nociones, conectadas sin duda a él, y con las que puede ser fácilmente confundido.

Me refiero en primer lugar al contenido del acto de publicidad. Indudablemente, con lo que se ha señalado en el apartado anterior, queda de manifiesto la conexión entre lo que denominamos mensaje - objeto del acto - y el contenido del acto mismo.

La decisión que con el mensaje se pretende que adopten todos ó parte de los destinatarios del acto de publicidad, es, por el propio concepto del acto, una decisión que comporta una transformación del mundo externo. La parcela de este mundo externo constituye el contenido del acto. En términos genéricos es el sector de intereses económicos susceptibles de componerse contractualmente; en términos concretos, es exactamente, dentro de ese sector, el que se refiere a un determinado bien ó servicio.

En cierto modo, el contenido del acto se puede considerar como su fin. Evidentemente que el mensaje se refiere inmediatamente al fin ó contenido, pero nó se confunde con él, pues

to que aquel es sólo un medio para que la decisión de los destinatarios se produzca.

El contenido del acto de publicidad es el bien del mundo físico sobre el que recae la decisión de los destinatarios. Es, si se quiere, el objeto material del acto ó la materia sobre que versa el objeto, pero nó el objeto en sí, que es siempre lo que se propone como "motivo" para la decisión, ésto es, el mensaje (3).

En segundo lugar, es preciso separar la noción de mensaje de la de forma del acto de publicidad. También ahora, la conexión ó enlace es evidente. El mensaje se adaptará necesariamente a la forma en que el acto se manifieste. Pero esta forma no altera en nada la sustancia del mensaje en sí, en cuanto "motivo" que se propone a los destinatarios.

Las diferenciaciones parece haberlas intuído la ley cuando en su artículo 7º se refiere a fin, objeto y forma de la actividad publicitaria como conceptos diversos que influyen todos en la calificación del acto desde los supuestos de su disciplina.

Pero con relación a la forma, la indagación ha de ser todavía más cuidadosa. Porque perteneciendo el mensaje al mundo de las ideas, es obvio que él mismo adoptará una determinada forma que le haga cognoscible. Pero ésta será la forma del mensaje, nó, en modo alguno la forma del acto de publicidad.

Establecidas estas necesarias precisiones, estamos en condiciones de avanzar en nuestra indagación relativa al objeto del acto publicitario, es decir, del mensaje.

B) Elementos del mensaje publicitario.

a) Contenido del mensaje.- Es necesario decir que al referirnos al contenido, lo hago a aquel que directamente dice relación al mensaje y nó, al que hemos caracterizado como contenido del acto de publicidad. Este último en cuanto que se conecta al fin del acto, está indiscutiblemente presente en todos los elementos y factores que se pueden idealmente separar en la actividad. Contenido ahora se toma en el sentido del "qué" se comunica a través del mensaje.

a') El primer párrafo del artículo 10º del Estatuto considera que "la publicidad como servicio dirigido a los consumidores, constituye un instrumento ordenado para orientar su libertad de elección y favorecer la lícita concurrencia en el mercado". Esta consideración "incolora, cándida, químicamente pura" de la publicidad (4) significaría en último término, destacar el aspecto informativo de la publicidad. Ciertamente, la mejor elección de los consumidores se producirá cuanto más exacta sea la información de que dispongan respecto de la real situación del mercado. Y lo mismo cabe decir si miramos desde el punto de vista de esa concurrencia lícita a que la ley se refiere, puesto que se verá efecti

vamente favorecida si a los consumidores se ofrece una pura y veraz información.

Pero partir de esa consideración de la publicidad es desconocer el fenómeno publicitario en su moderna dimensión

Nó quiere desde luego decirse que la publicidad nó contenga una cierta dosis de información, sino que ese aspecto es insignificante al lado de la carga persuasiva que entraña, independientemente de la "objetividad" informativa.

Nótese bien que estas consideraciones no entrañan en modo alguno ningún juicio de valor. Se trata simplemente a nuestro objeto de desentrañar la verdadera significación de la publicidad para su adecuado tratamiento jurídico, y específicamente para la correcta interpretación de la disciplina positiva vigente en nuestro país.

Porque si de juicio de valor se tratara, probablemente deberíamos concluir con L. ARANGUREN que también en la información nó publicitaria el contenido realmente informativo es "insignificante" y lleno de "naderías". Con lo que la publicidad nó sería sino una insignificante información más (5).

Lo que aquí debe preocuparnos es si el contenido del mensaje publicitario entraña algo más que información, y, en definitiva, en qué consiste esta y aquéllo.



Al referirnos a información en la publicidad hemos de prescindir de los aspectos patológicos, en teoría, de la información interesada, y reducirla al sano ámbito de la ilustración - del entendimiento para la racional formación de un juicio. Así entendida, la información viene presidida por la "objetividad".

Información publicitaria entonces será aquélla que objetivamente ilustre a los destinatarios para que adopten sus decisiones de contratación de modo racional y libre. "Ello significaría, dice el Informe del Comité del Partido Laborista británico, contar como precisa toda información referente a la eficacia con que el producto satisfaría las apetencias, necesidades ó gustos por los que se adquiere" (6).

En consecuencia, información publicitaria comporta comunicación de datos y exposición de circunstancias capaces de influir racionalmente en la decisión de contratar.

Este conjunto informativo, referido inmediatamente al bien de la vida que constituye el contenido del acto publicitario, puede ser denominado, argumentación descriptiva del mensaje.

Pero la realidad nos demuestra que en un acto de publicidad nó sólo se contienen esas argumentaciones.

b') Al tratar de cualquier aspecto de la publicidad ha de tenerse siempre a la vista su finalidad.

Al público no se le intenta "convencer" en sus jui

cios sino persuadir. No me parece redundante señalar que la argumentación que contiene el mensaje se cualifica por ser "publicitaria". En cuanto argumentación se inscribe en el mundo de los juicios o de las elaboraciones intelectuales. Pero en cuanto "publicitaria" es el resultado de la aplicación de unas técnicas, comunes, por lo demás, a toda la actividad propagandística. La prospectiva aplicada al mercado y, sobre todo, la motivacional sitúan la línea argumentativa en un plano diferente al de la racionalidad.

Lo característico en el mensaje es su capacidad de persuasión. Es en sí mismo una formulación sugestiva. Reconocer lo así supone no sólo desvincular la argumentación del plano de la racionalidad. Descubre además trascendencia de lo no puramente argumentativo pero sí sugeridor. Que lo es en el campo de las motivaciones. Y por eso, junto a las que he llamado expresiones descriptivas cabe colocar en el contenido del mensaje las puramente persuasivas.

El mensaje contendrá ó no información, según convenga al propósito suasorio. Colocándose así en una órbita experimental y no de principio, presentará un motivo válido y útil, aunque no sea racional - o por no serlo - para la decisión de los destinatarios a concluir los contratos que se les proponen. En los casos en que se mantenga en la más estricta objetividad informativa ó descriptiva será que se ha entendido que tal comunicación

es justamente la más idónea a la persuasión (7).

No importa la racionalidad de la argumentación sino su fundamentación motivacional. Porque nó siempre el hombre decide su actuación en virtud de bases racionales (8).

b) Expresión del mensaje. - En todo caso se advierte que el mensaje pertenece al género de las elaboraciones intelectuales - no me atrevo a designarlas con el término más amplio y exacto de espirituales - . Es él mismo el fruto de una de ellas.

Destinándose por definición a comunicarse, es imprescindible que se formule de modo que llegue a los destinatarios.

Desde un punto de vista publicitario no sólo importa el qué se comunica sino fundamentalmente el cómo.

Pertenece a la técnica publicitaria decidir en cada caso el área motivacional que pretende estimularse en los destinatarios; ésto es resolver el qué del mensaje. Pero además le corresponde encontrar su mejor formulación.

En este punto son de notar la variadísima serie de factores que influyen. De los dos términos de amplitud con que se define en la ley la publicidad, los mensajes pueden dirigirse a finalidades muy diversas en atención a las circunstancias. Llamar simplemente la atención, despertar una corriente de simpatía, evocar un recuerdo ó desencadenar el mecanismo de la asociación

de ideas, pueden ser las que se proponga únicamente. Y entonces me parece evidente que una simple abstracción puede comunicar más y mejor que una larga disertación. Las elaboraciones intelectuales y volitivas se dejan a cargo de los propios destinatarios en su proceso de respuesta, que discurrirá, "probablemente" en la dirección que imponga la motivación estimulada.

La mayor expresividad ó significación publicitaria nó se encuentra necesariamente en la formulación más representativa del mensaje sino en la que es mejor fundamento a la elaboración por parte de los destinatarios de acuerdo con sus propios deseos y juicios. Es lo que comúnmente se conoce como "garra" ó "impacto". Que suele darse en el mayor grado en el slogan que, siendo la formulación más breve, suele ser también la menos definitiva.

Por lo mismo, nó es de extrañar que en muchas ocasiones el mensaje se exprese de modo que nó tenga el menor punto de contacto "descriptivo" con el bien a que se refiere (9).

La combinación de elementos descriptivos y persuasivos en la formulación del mensaje depende, como yá se ha dicho, de razones estrictamente publicitarias, que, entre otras cuestiones, valorarán incluso la especial idiosincracia de la comunidad (10).

Por otro lado, la publicidad puede utilizar cualquier canal de la comunicación. La naturaleza del que se seleccione influirá decisivamente en la formulación del mensaje. En ocasiones incluso se formulará él mismo con una cierta autonomía consistiendo en un sistema ó procedimiento estimulador del tráfico.

Pero la referencia al canal de la comunicación encierra el peligro de que pueda tomarse la parte por el todo y estimar que el mensaje es el anuncio, concreto e individualizado que en el vehículo se inserta. Se ha eludido hasta aquí - y nó sin intención - emplear un término tan expresivo como el de anuncio. Precisamente para evitar el peligro señalado. El mensaje está presente en él pero nó es el anuncio. Este no es otra cosa que el acto concreto de publicidad que encierra todos los elementos y por lo tanto también el mensaje en su expresión formal, externa ó final. El anuncio es una de las posibles manifestaciones del mensaje. Sin embargo no puede desconocerse que combinándose de hecho en la actividad publicitaria diversos canales de la comunicación - lenguaje, plástica, música, sistema, etc. - nó puede dudarse que unos elementos puedan destacarse con una cierta autonomía que les permita ser analizados independientemente.

Que en ocasiones, como se ha señalado, exista un divorcio entre el mensaje y el bien a que se refiere, nó significa que la intrínseca instrumentalidad de la publicidad no exija que

se conecte, sin embargo, a la forma en que la contratación del bien pretende producirse. Que se promueva un solo contrato es algo muy diverso a que se intente promover una serie de ellos.

En este caso normalmente se multiplicará la actividad publicitaria. La finalidad suasoria se obtendrá del conjunto de todos los actos, que se reconducen a unidad en virtud de su referencia a un solo mensaje.

Cuando los actos se multiplican, el mensaje, que es su objeto, puede transmitirse íntegramente en cada uno de ellos ó puede conocer un desarrollo a través del conjunto.

En ambos casos se habla de "campaña de publicidad". Cuyo concepto puede encontrarse en aquel conjunto de actos publicitarios en interés del mismo anunciante, que se realizan respecto del mismo bien y que tienen por objeto un mismo mensaje (11). A éste se le conoce entonces en la terminología comercial como "línea de campaña" (12).

El mensaje por lo tanto se reconoce en el conjunto de los diversos elementos de cada acto y en el conjunto de estos mismos, en su caso. Luego puede concluirse que la actividad creativa alcanza nó solo a señalar la idea abstracta subjetiva sino además a la selección del canal de la comunicación, a la selección de los elementos, a su combinación, a determinar un posible desarrollo en el tiempo y a expresarlo definitivamente

en una forma externa.

Esa actividad en torno del mensaje tiene a éste como fruto, pero puede dar lugar también, como se advierte a una serie de elementos que conteniendo aquel constituye obras que pudiéramos llamar publicitarias (13).

## II.- LA TUTELA JURIDICA DE LA OBRA PUBLICITARIA EN EL ESTATUTO

No es este el lugar adecuado para desarrollar una exposición de la problemática que presenta la tutela jurídica que se dispensa al autor ó creador de una obra intelectual o, más ampliamente, de las que se protegen por las llamadas propiedades especiales de autor e industrial.

Sin necesidad de entrar en la naturaleza de la protección, en si se desdobra o nó en un derecho moral y en uno patrimonial o en si se conecta a los derechos de la personalidad o al de los derechos sobre los bienes inmateriales (14), baste señalar, por lo que importa aquí, que el régimen jurídico de las propiedades especiales se concreta en un derecho exclusivo de utilización - dentro de ciertos límites - de la obra creada. Derecho que es susceptible de circulación.

Si el Ordenamiento considera tutelable al autor o

creador es sin duda por estimar que la libre circulación de las ideas puede no constituir un bien si no es dentro de un sistema. Pero igualmente se considera necesario señalar un límite en el punto más allá del cual se atentaría al progreso cultural y técnico. Quiere significarse que, atendido el fundamento de la disciplina, ésta se articula dentro de unos límites tanto por lo que respecta a la materia objetiva sobre la que recae el derecho subjetivo como por su titularidad en el tiempo (15).

Con independencia de la regulación positiva en nuestro país de las llamadas propiedades especiales, intelectuales o industrial, el sistema de la protección y tutela de las ideas publicitarias se contiene medularmente en los artículos 70 y 71 del Estatuto de Publicidad que se completa con lo dispuesto en los artículos 39 y 42 del mismo texto legal.

A) Sujeto de la protección. - De la lectura del artículo 70 se deduce claramente que el sistema que se instaura es distinto del que se conecta a la protección que otorga la propiedad intelectual e industrial. Y por situarse en otro plano, es por lo que se declara que la tutela legal no obsta a la protección que pueda alcanzarse por la vía de esas propiedades especiales.

Lo que implícitamente significa reconocer en vía de principio que el autor de la idea publicitaria puede venir tutelado como tal por el cauce de la disciplina del derecho de autor y de



la propiedad industrial, pero remitiéndose entonces, como es natural al ámbito de aplicación de esas disciplinas.

La tutela que se reconoce al autor, y esto es lo verdaderamente característico del sistema nuevo, deriva ó puede derivar de un doble cauce. De un lado de la disciplina, en su caso, de la propiedad intelectual y de otro de la que el precepto inaugura para todo autor de ideas publicitarias, con los requisitos que el propio artículo establece.

Pero ésta dualidad de cauces de protección para el mismo sujeto y en relación a la misma premisa objetiva, impone la necesidad de distinguir la naturaleza de la tutela conferida en uno y otro caso. Porque evidentemente la protección que confiere el derecho de autor es suficientemente amplio como para garantizar adecuadamente el interés del autor de la obra publicitaria. Con ello quiere significarse que, en mi opinión, los supuestos para -- que surja el derecho de autor son diferentes de lo que la ley contempla como necesarios para que se desencadene el mecanismo de tutela sobre las ideas publicitarias. Por eso es censurable la expresión literal de la ley. No es que "sin perjuicio" del derecho de autor que pueda corresponder, surja además el derecho que se consagra, sino aunque no pueda aplicarse la especial tutela del derecho de autor; éste se verá protegido por el sistema tutelar que se establece.

Cabe entonces preguntarse con MARTIN OVIEDO, si resulta absolutamente cierto que no pueda reconducirse la tutela a los cauces de la propiedad intelectual, basando su negativa no sólo en los términos generales en que se expresa la ley que la regula, sino en las matizaciones que ha experimentado por las numerosas revisiones de los Convenios Internacionales y por la aplicación que de las normas realiza nuestra jurisprudencia (16).

Pero el artículo 71 del Estatuto viene a enturbiar las cosas. Este último precepto legitima activamente para el ejercicio del derecho al "empresario respecto de las ideas surgidas en el seno de la propia Agencia ó Estudio".

Y es en este punto en el que la sorpresa es mayor, si cabe, que en el relativo a la instauración del sistema de protección al autor en aparente paralelo con el de la propiedad intelectual.

Porque entonces no es ya solo que se instaure un sistema especial de tutela al autor de la idea publicitaria sino que el Estatuto, por virtud de su artículo 71, parece romper con el principio de circulación de los derechos ya que, partiendo del supuesto de que la idea publicitaria haya nacido en el seno de una relación de servicios entre el autor y la empresa que pretende explotarla como instrumento de publicidad de un anunciante,

mantiene sin embargo la tutela referida al autor, y al mismo tiempo parece que legitima para el ejercicio del derecho al arrendatario del servicio.

En mi opinión los Autores que se han ocupado de la éxegesis del Estatuto de la Publicidad no han puesto excesivamente de relieve esta cuestión de tanta trascendencia jurídica y práctica.

Para CABANILLAS el artículo 71 del Estatuto no sigue desde luego el sistema establecido en la ley de Contrato de Trabajo, y se limita a indicar que no es una atribución de titularidad del derecho lo que el artículo 71 consagra, sino una mera legitimación para su ejercicio (17). MARTIN CVIEDO, concede mayor importancia a este aspecto y sostiene la tesis de que en cualquier caso ha de mantenerse el sistema establecido por la ley laboral (18).

Pero a mi juicio, el problema no está en si se deroga o nó el sistema establecido en la ley laboral, sino que se sitúa en otro plano superior diferente que implica una interpretación constructiva de los artículos 70 y 71 que intente deducir la regla que discipline a satisfacción el supuesto y que sea coherente con el sistema general relativo a la protección de las creaciones intelectuales y a la circulación de los derechos a través de las relaciones contractuales.

El empeño es tanto más necesario cuanto que, por virtud de la Disposición Adicional segunda, se ordena la publicación del desarrollo reglamentario del sistema instaurado por el Estatuto.

El nudo de la cuestión se centra, a mi entender, en dos puntos interdependientes. En un primer momento en llegar a determinar si los artículos 70 y 71 contemplan o nó el mismo supuesto, para analizar inmediatamente su juego dentro de la disciplina general positiva.

El artículo 70 expresamente se refiere a un derecho que se reconoce al autor de la idea publicitaria original. Conectar el derecho al autor es algo irreprochable, puesto que, por definición, en este terreno se trata de una actividad intelectual que supone una autoría.

De la simple lectura de los dos artículos mencionados se obtiene la primera conclusión de que para nada se refiere a quién utiliza la obra en su actividad publicitaria propia. El artículo 70 nos habla del autor, el 71 de la agencia ó estudio.

La omisión me parece significativa. Porque justamente cuando de creaciones intelectuales se trata el Ordenamiento atiende a la protección en función de la utilización.

En el ámbito publicitario el producto económico que deriva de la obra no se conecta a su inmediata y directa utiliza-

ción sino que se obtiene cuando esa utilización ha sido objeto de una relación contractual, y en concreto del llamado contrato de publicidad o del de obra o creación publicitaria.

Y a lo que atiende el Estatuto es a garantizar el producto económico que se espera alcanzar (19).

Por eso, la ley no contempla el supuesto en que la obra se haya creado a los fines de la publicidad propia. El ejemplo más claro y dentro incluso de la sistemática legal se encuentra en la exclusiva de publicidad del anunciante. El Estatuto no se plantea cuestión alguna en relación a ella.

Admitir lo contrario supondría entender tan ampliamente el concepto de autoría al que se refiere el artículo 70 como para considerar que no sólo acoge al autor como persona física realizadora de la actividad intelectual, sino además a quien, en su caso traiga causa por virtud de una relación de servicios como aquel en la que se hubiese contemplado la creación. Lo cual puede desde luego admitirse, a condición de que se reconozca entonces la aplicabilidad del régimen establecido en la Ley de Contrato de Trabajo, y de que resulte innecesario, lo que dispone el artículo 71 del Estatuto.

El hecho de que la Ley estime necesario formular este último precepto me parece suficientemente expresivo de que no cabe forzar la interpretación del concepto de autor contenido

en el artículo 70.

Pero si la ley no se refiere a la exclusiva del anunciante, el derecho que se reconoce sólo puede explicarse satisfactoriamente fuera del ámbito de lo que es la utilización "publicitaria" de la obra. Porque en caso contrario no es fácil entender la razón por la que un derecho a "perseguir cualquier posible imitación" de la obra se otorga al autor y no al anunciante que es el verdaderamente interesado en que la obra no se imite. Al menos la misma base que aconsejó al legislador a establecer la regla del artículo 71 debería reconocerse para haberla ampliado también al supuesto de la exclusiva del anunciante.

Me parece posible entonces concluir que al menos - por lo que se refiere a éste último supuesto, la ley no contiene regla alguna y que por consiguiente mal puede derogarse cualquier otra del Ordenamiento.

Cabría acaso oponer que el artículo 70 se refiere a todo autor de la obra publicitaria y que por consiguiente también se incluye al creador en el seno de la exclusiva del anunciante. - Se acaba de señalar que no parece muy convincente que en ese caso la ley guarde silencio en contraposición al análogo relativo a las agencias o estudios, cuando parecería además más lógico que se extendiera al otro. Del hecho de que no sea así cabe deducir que el artículo 70 no se refiere a cualquier autor en cualquier circunstancia.

Pero es que además entiendo que cabe una interpretación del precepto en esta dirección.

En efecto, el artículo 70 no pretende establecer una norma relativa a la circulación del derecho. Viene simplemente a delimitar una tutela que se estima conveniente y oportuna en las relaciones de creación y utilización publicitarias.

Su contenido normativo se dirige a articular tal tutela y obviamente la refiere a quién originariamente es merecedor de la misma. No sería desde luego lógico que la ley comenzara por contemplar el desplazamiento de la titularidad. Se refiere inmediatamente al autor de la creación. Lo que no necesariamente significa que se acualquier autor ni en cualquier circunstancia.

Supuesto que, como se viene sosteniendo aquí, la tutela mira al aspecto de la explotación de la obra publicitaria que se traduce jurídicamente en la conclusión de los contratos publicitarios, será el autor el protegido cuando sea él quien conserve la disponibilidad para celebrar directamente el contrato sobre su utilización.

Pero el supuesto más frecuente es el de que la obra se instrumente en el seno de una agencia o estudio que son empresas cuyo objetivo es la explotación de la actividad publicitaria. Por eso la ley considera necesario referirse a esos entes en relación a la materia que se examina. Y lo hace en el artículo 71 que en -

la interpretación más autorizada no impide que el derecho reconocido en el artículo 70 continúe en cualquier caso vinculado al autor (20).

Con el respeto que merece el Autor de esa tesis, séame, sin embargo, permitido disentir de la misma, que me parece apoyada en insuficiente argumento.

En primer lugar cabría afirmar que tratándose de una creación publicitaria surgida en el seno de una agencia ó estúdiese hace sumamente difícil sostener una autoría singular. Antes de correr el riesgo de entrar en una argumentación jurídica, conviene partir de la observación de la realidad. Cada vez en menos medida, y menos todavía desde los criterios del legislador sobre una publicidad tecnificada, puede reducirse la creación publicitaria al hallazgo de una expresión ó idea feliz. La aplicación de unas técnicas - que van desde las psicológicas a las mecánicas - hace cobrar especial relieve al conjunto del equipo humano y medios materiales que constituyen el complejo unificado por el designio organizador que es la esencia de la empresa.

Pretender destacar de entre el esfuerzo conjuntado una autoría singular de la creación me parece traicionar el propio interés de la ley en robustecer y dignificar la función publicitaria, pero, me parece de hecho absolutamente imposible y desintegrador.



Pienso que, no obstante referirse el artículo 29 de la Ley de Contrato de Trabajo a las "invenciones", la ratio que lo informe es aplicable al supuesto que aquí se contempla antes que el artículo 31 del mismo texto, relativo a la propiedad intelectual (21).

En segundo término, parece que cuando la obra surgió en una agencia o estudio el mismo interés ostenta éstos que el autor en otro caso a que nó se usurpe ó se utilice abusivamente la obra. No se ve clara la razón por la que entonces no merezcan ser tutelados.

Por otro lado, la tesis que ahora se refuta cabría oponer que, puesto que el artículo 71 del Estatuto se refiere expresamente al "derecho" reconocido en el "último párrafo del artículo anterior" para nada incide en el ejercicio de los posibles derechos de propiedad intelectual e industrial que se reconozcan. Con lo que se tendría que el autor al que se atribuyera cualquiera de ellos quedaría en peor condición que con respecto al derecho del artículo 70 del Estatuto. Resultado tan arbitrario que nó puede sostenerse.

En tercer lugar sí nó se reconoce a la agencia o estudio ninguna disponibilidad sobre la obra no puede explicarse que puedan disponer válida y legítimamente de ella. Porque actos de disposición son los contratos que celebran con los anunciantes para la instrumentación y ejecución de sus actos de publicidad. La

idea de que se encuentran legitimados para el ejercicio del derecho no es suficiente porque en ningún sitio - nó desde luego en el artículo 70 - se dice que el derecho lo sea a la utilización de la obra. Cuando el artículo 71 faculta para el ejercicio del derecho a la agencia o estudio, les faculta para "perseguir cualquier imitación o prohibir su utilización - de la obra - para fines distintos de los pactados".

Podría quizás argumentarse que los contratos entre la agencia o el estudio y el anunciante se refieren a la utilización publicitaria de la obra pero que por su virtud nó circula el derecho del artículo 70 (22). Con lo que respecto de él se dejaría intacta la cuestión. Pero nó, desde luego, en ningún caso por lo que se refiere al derecho de utilización. Si la agencia o estudio lo transmite es porque tiene su titularidad.

Por ese camino se llegaría a un desdoblamiento que exigiría reconocer, parcialmente al menos, la aplicación del sistema general a la transmisión del derecho entre el autor y la agencia o estudio al que preste sus servicios. Lo cual no deja de entrañar una considerable dosis de arbitrariedad. Máxime si respecto del derecho a perseguir la usurpación o la utilización abusiva es forzoso admitir, como mínimo, una "legitimación". Evidentemente que la ley atiende a garantizar la adecuada compensación económica por la utilización publicitaria de la obra, prescindiendo de cuestiones

morales o de la personalidad. No se explica, en consecuencia, que se quiera divorciar el derecho a disponer sobre la utilización publicitaria de la obra, del derecho que se reconoce precisamente como instrumento o expediente técnico para la efectividad de aquel, manteniéndolo en todo caso vinculado al autor, incluso cuando carezca del derecho a disponer de la utilización, que, por virtud de la relación de servicios, corresponderá a la agencia ó el estudio.

Por último, tampoco desde la tesis opuesta puede explicarse satisfactoriamente cómo, celebrado el contrato sobre la utilización de la obra entre la agencia ó estudio y el anunciante, puede el autor accionar en base a él por una abusiva utilización.

A todo cuanto se ha expuesto podría añadirse una razón de la práctica. Que nó por menos científica me parece me nos contundente. Sostener que simultáneamente se encuentren legitimados el autor - por ser titular - y la agencia o el estudio - por la "legitimación" del artículo 71 - para el ejercicio del derecho supone desconocer la realidad que muestra la escasa "afectio" que existe entre los "creadores" publicitarios y las agencias que se ven obligadas a muy frecuentes cambios de personal.

Para mí la razón del artículo 71 hay que encontrarla justamente en la dirección opuesta. Como el artículo anterior se ha limitado a señalar el alcance del derecho, atribuyéndolo al autor

precisamente la ley ha querido inmediatamente señalar que el derecho que surge por virtud de la obra no siempre se vincula a él. Manifestando entonces en el artículo 71 la titularidad que ostentará la agencia ó el estudio.

Contra ello no creo que pueda alzarse la pura letra de la ley en la expresión "podrá también". Cabe interpretar la en el sentido de "en su caso". Que lo será cuando la agencia o estudio haya adquirido el derecho derivativamente o cuando le esté atribuido originariamente según las reglas generales de la dogmática contractual y de la ley laboral. Y éso si es que no quiere admitirse que a ellos corresponde siempre originariamente el derecho. Pero más me inclino por aceptar lo primero, que permitiendo una interpretación flexible y ponderada en cada caso tampoco pugna con los principios generales (23).

Por otra parte, el artículo 70 se refiere también a la tutela que puede alcanzarse a través de la llamada propiedad industrial, que se instrumenta mediante la concesión de un derecho subjetivo absoluto - dentro igualmente de ciertos límites - Por lo tanto puede darse ahora por reproducido lo que se dijo antes respecto de la necesidad de diferenciar el planteamiento del sistema establecido por el Estatuto de la Publicidad del general de la propiedad industrial.

El autor o creador publicitario aunque no llegue a

la tutela que por esa vía corresponde se encuentra tutelado por el cauce del artículo 70 de la ley de la publicidad.

Es cierto, desde luego, que el precepto sólo persigue establecer un sistema de protección al autor publicitario. Y en este sentido, parecería que cualquier referencia a otros sistemas sólo puede entenderse dentro de los límites que esa caracterización subjetiva impone a su finalidad.

Sin embargo, con relación a la propiedad industrial no puede negarse que puede descubrirse en la norma un nuevo sentido. Porque aquel sistema puede ser el idóneo a tutelar al anunciante en la utilización de elementos o instrumentos surgidos de su actividad publicitaria.

Que el anunciante tendrá interés en su utilización exclusiva es algo de lo que no puede dudarse. Cuando su actividad principal la ejerce de modo racionalizado para el mercado, la publicidad que realice se conecta a los signos distintivos que utiliza con carácter exclusivo. Incluso la relación comercial publicitaria con el "creador" - o con la agencia - puede tener por fin la creación del elemento material capaz de constituirse en objeto de una protección por la vía de la propiedad industrial, a favor del anunciante (24).

Pero aun en los supuestos en que tal no se produzca no creo que puede desconocerse, a pesar de la caracterizada doctrina

en contra (25) que la publicidad cumple una cierta función diferenciadora. Porque siendo su fin el condicionamiento de la decisión de contratar, que implica una elección, es necesario contar con una cierta dosis de individualización o de posibilidad de identificación del anunciante o de su actividad o de sus productos o servicios (26).

En la misma línea de principio ha de pensarse en el considerable volumen de inversión - término defendido con ahinco por los propios publicitarios - que la actividad publicitaria exige. Y que haciendo posible y potenciando el cumplimiento de su propia finalidad, comporta también unas consecuencias de gran relieve económico a efectos de la valoración de los signos distintivos y en definitiva de lo que se conoce como "fondo de comercio" (27).

Desde esta perspectiva, el interés del anunciante puede encontrarse incluso en un momento anterior al de la efectiva ejecución de la publicidad. Protegido suficientemente, podría usar las modernas técnicas prospectivas capaces de medir anticipadamente el grado de eficacia persuasiva que sus mensajes encierran. (28)

Claro está que el interés del anunciante es muy diverso al del autor. Y que se manifiesta frente a todos los demás anunciantes, que de utilizar sus mismos mensajes acabarían con su eficacia llamativa y evocadora.

Se advierte como la observación del fenómeno nos re

conduce a la disciplina de la competencia desleal. Pero sin embargo acaso no parezca suficiente. En primer lugar porque solo es aplicable a los supuestos en que se produzca una efectiva situación de competencia. En segundo lugar porque es preciso que el hecho constituya uno de los supuestos que se configuran como desleales y, por último, porque aquella disciplina no sería suficiente a proteger el evidente interés anterior a la efectiva utilización (29).

De esta suerte, el anunciante debe poder encontrar otro cauce de tutela. Que sólo puede venir a través de la llamada propiedad industrial. Claro está que cuando se produzcan las circunstancias o se den los requisitos objetivos que con carácter general se tienen establecidos. El hecho publicitario no altera en nada el régimen general, que se aplicará en cada caso según su propia finalidad ó eficacia (30).

Pero lo que importaba aquí resaltar era la posibilidad de principio de que el anunciante encuentre protegido su interés en materia publicitaria a través de los derechos de propiedad industrial.

Este planteamiento me parece que sirve de fundamento a sostener que cuando el artículo 70 se refiere a ella nó solo piensa en la protección que puede merecer el autor publicitario. Si parece que hay razones de justicia para comprender que el anunciante adquiera la titularidad de los derechos de la propiedad indus-

trial, no creo que autorice a creer que el artículo 70 lo desconocen ni en su propia letra ni en la ratio del precepto.

Por el contrario, en este caso sí que tiene perfecto sentido emplear la expresión "sin perjuicio". El artículo 70 quiere establecer una tutela del autor mediante un derecho subjetivo con el alcance que él le da. Su única finalidad es ésta, y por lo tanto quiere que la protección se vincule siempre y en cualquier caso al autor. Aún cuando incluso sobre la utilización de la "obra" correspondan otros derechos a otras personas, que no se ven perjudicados por el reconocimiento de aquel derecho.

La única objeción podría encontrarse en una sustantiva contraposición en el ejercicio del derecho que se reconoce al autor y el de propiedad industrial que corresponda al anunciante. Pero tal incompatibilidad es inexistente yá que son ambos de muy diverso contenido. Y en definitiva no podría ser mayor que la que pudiera advertirse entre el derecho de propiedad intelectual y el de propiedad industrial cuando son distintos sus titulares. Por la misma razón de diversidad de contenido no pueden considerarse en modo alguno excluyentes (31).

Esta materia sin embargo quedará completada más abajo al examinar en concreto el alcance de la protección del sistema que el artículo 70 establece.



B) Objeto de la protección.-

El elemento objetivo ó material de la protección son las ideas publicitarias, según el artículo 70, que "posean la condición de novedad u originalidad".

Lo primero que se debe afrontar es que deba entenderse por ideas publicitarias.

Resultaría inútil cualquier referencia pormenorizada a la doctrina que se ha referido a la imposibilidad de que las ideas en sí mismas puedan ser objeto de tutela jurídica. En esto los Autores están conformes. Las ideas en cuanto tales son patrimonio común nó susceptible de apropiación. Por lo mismo todos los sistemas positivos y los Convenios Internacionales sobre los derechos de autor, no se centran en torno a la idea sino a la obra como resultado objetivado de aquella.

Con frase de un ilustre civilista nuestro "las ideas no son de nadie sino de quién las dice como nadie" (32).

Considero también inútil destacar el valor de lo que se ha llamado forma interna que es lo que individualiza la obra fruto del esfuerzo creador de su autor (33). La obra, con independencia de su última expresión formal - forma externa - se reconoce por todos en sus posibles manifestaciones.

En toda obra intelectual el núcleo está en constituir una comunicación. Se transmite una idea. Pero como la comunica

ción solo es posible a través de los elementos que la procuran entre los hombres y que son sus vehículos, es la combinación de esos elementos los que le dan su forma interna y su carácter definitivo de obra intelectual. Al hablar de elementos no me refiero sólo al canal concreto de la comunicación: lenguaje, música, pintura, etc.. También se tienen en cuenta pero junto a ellos todo un conjunto de otros diversos como son el estilo, la penetración psicológica, la composición, que en música será por el tiempo, en pintura por la disposición de los colores ó de las líneas, en escultura por la de los volúmenes, en literatura por la circunstancia en que se inserta - argumento - , en la obra científica por el sistema, etc..

Cada uno de los vehículos de la comunicación da lugar a un género de obra, y así puede hablarse de obra literaria, artística, científica. Dentro de cada género habrán de ponderarse los diversos elementos de que se ha hablado para reconocer la obra en sí.

Cuando el artículo 70 del Estatuto se refiere a la idea, nó establece la protección de cualquiera que surja en el ámbito publicitario sino sólo la de aquellas que posean novedad u originalidad.

Ahora bien, esta exigencia de novedad encierra necesariamente la noción de previa individualización de la idea. En

el doble sentido de que se precisa conocer cuál sea aquella a la que conviene la novedad, y en el de que hablar de idea original supone ya una referencia a la expresión o comunicabilidad concreta de la idea.

Con ello es evidente que se traspone el campo de la pura abstracción para incidir en el de las ideas individualizadas, objetivadas, concretas ó cognoscibles como tales a pesar de sus múltiples manifestaciones posibles. De hecho se está en el campo de lo que viene llamándose obra intelectual o del ingenio o del es píritu.

Lo que ocurre es que, como se ha visto, la publicidad utiliza ó puede utilizar múltiples canales de la comunicación y su instrumentalidad no agota la comunicación en la pura transmisión de la idea sino que la lleva hasta condicionar un comportamiento. Lo que supone que junto a los elementos propios y peculiares de cada uno de los canales existen otros que derivan de la misma esencia de la publicidad y que resumiéndose en la capacidad sugestiva, son de muy diversa índole: la repetición, el aprovechamiento del tiempo y del espacio, la oportunidad determinada por circunstancias ajenas a la idea misma que se comunica, el valor motivacional, etc. etc..

Ambas cuestiones autorizan de hecho a poder hablar de un género más en que se manifiesta el esfuerzo creativo. Es

el género de la publicidad. Lo mismo que hay obras literarias, artísticas, científicas, hay también obras publicitarias. Y lo mismo que la obra literaria no se conecta a la novela, al drama o al ensayo, la obra publicitaria no se puede reconocer en el anuncio. Aquellos y éste son el elemento material que incorpora la obra propiamente que se protege.

Pero ocurre que realizándose la publicidad necesariamente por los canales de la comunicación entre los hombres y reuniendo elementos que se hacen cognoscibles separadamente por tales canales, es posible también reconocer en éstos aisladamente la obra intelectual de los géneros no publicitarios.

Por eso una cosa es la obra publicitaria como expresión de la idea que se desarrolla según las exigencias propias de la publicidad, y otra la obra que puede reconocerse en el single musical que se utiliza en aquella, en el slogan, en los textos, en la composición gráfica, en las reglas de un sistema de concurso ó juego, etc. (34).

La obra publicitaria es realmente el mensaje que se transmite pero este no en su abstracta consideración, sino en su formulación concreta a través de un desarrollo de actos de publicidad, a través de una disposición de los elementos del lenguaje, de los gráficos, de los auditivos, etc..

No puede decirse seriamente que alguien deba considerarse digno de tutela por haber ideado transmitir una sensa-ción de felicidad y juventud al usar un producto cualquiera, mediante la imagen de una muchacha atractiva que corre acompasadamente por un bosque hasta llegar a la playa. El mensaje no está ni en la comunicación de aquellas sensaciones ni en su representa-ción a través de la historia de la atractiva muchacha. Una cosa y otra están en el mensaje pero no son la obra publicitaria. Esta es el resultado del conjunto de elementos que se han ideado para conseguir la "motivación" de los destinatarios en relación a la contratación del producto en concreto.

Y es a ese resultado al que hay que referir la noción de novedad u originalidad para que pueda alcanzar, cuando le convenga la tutela establecida por el Estatuto.

Por la doble óptica que es posible en este terreno al examinar la publicidad es por lo que la ley habla de ideas publicitarias. Con ello quiere expresarse que no se reduce la protección a los elementos aislados que contribuyen a la expresión del mensaje: slogan, textos, música, dibujos, fotografía, película, etc., que constituirán, en su caso, obras de los géneros específicos, sino que se amplía al conjunto de todos ellos que constituyen la obra del género publicidad.

Se advierte entonces que las piezas o instrumentos publicitarios no son sino adaptaciones de una misma idea publicitaria que, por definición, no se conecta sólo a un género de la comunicación, sino que, en las campañas, se manifiesta a través de múltiples canales que exigen aquellas adaptaciones.

Esto es lo que realmente plantea el problema. Porque si bien la forma interna de la obra vá más allá del signo material - que la hace reconocible, éste resulta indispensable para llegar a individualizar y concretar la idea que puede ser protegida. Y no mientras se mantenga en el plano de la abstracción.

Pero si ese es un obligado punto de partida, resulta que el problema no parece tan difícil. En la medida que la idea publicitaria se haya concretado a través de cualquier signo material, no éste sino aquélla es la que resulta tutelable en cualquier forma externa que se manifieste o pueda manifestarse. Y me parece que con ello no se hace sino trasponer el análisis de los requisitos objetivos desde cada una de las piezas al contenido ideológico suficientemente determinado que en ellas está incorporado.

Por eso tiene razón MARTIN CVIEDO cuando señala que el lugar apropiado para esta disciplina es la normativa que se refiere a la propiedad intelectual, aunque ya no es tan seguro que sea reconducible la obra publicitaria a los esquemas tradicionales a los que se refiere esa especial propiedad.

En este punto, el Estatuto me parece muy directamente inspirado en la doctrina italiana, en el sector de la misma que se esfuerza por hacer tutelables las "ideaciones publicitarias". Singularmente es **SCORDELLI** quién con más ahinco defiende la tutelabilidad (36).

Hay que tener en cuenta desde luego el principio de *numerus clausus* que preside toda la materia de las propiedades especiales. Pero tampoco puede olvidarse que ni la destinación de la obra ni su aportación al mundo cultural o su mérito intrínseco son límites que se impongan a la calificación como susceptibles de tutela. Y en la jurisprudencia hay abundantes ejemplos de la flexibilidad con que se interpretan los requisitos de originalidad y novedad que es el aspecto o dimensión objetiva de la creatividad.

Por esas razones no parece que en principio pueda negarse a una obra publicitaria los caracteres de obra sometida a la legislación de autor.

Los impedimentos vendrán seguramente por otros caminos, cuando el citado autor italiano defiende su tesis de instituir un régimen peculiar para las obras publicitarias, y cuando nuestro Estatuto parece introducirlo, creo que se pone en evidencia una de estas dos cosas. O bien que la obra publicitaria no reúne objetivamente los requisitos generales y se quiere ensanchar el alcance objetivo de la general regulación, o bien que se considera que el fun-

damento de éste no se encuentra en relación a la obra publicitaria, por lo que resulta inaplicable.

En cuanto a lo primero ya se ha señalado que el punto de partida inexcusable es el de considerar una creación que objetivamente es apta para recibir una protección jurídica. No son las ideas abstractas sino el mensaje concreto que puede apreciarse y al que se reconoce una novedad u originalidad. Esas mismas notas me parece que no puede por menos de acoger SORDELLI que se esfuerza además en mantener la aproximación de las obras publicitarias a la categoría de los bienes inmateriales (37). Luego parece forzoso concluir que si la ley establece una especial protección es porque o bien no encajan en los fundamentos y finalidades que el régimen general persigue o bien, a pesar de reconocerse el substracto material carece la obra publicitaria de requisitos de otro orden. Porque si no, hubiera bastado con remitir la tutela a la general del ordenamiento (38). Y no solo no hace tal cosa el Estatuto sino que incluso parte de la indiferencia de que sea o no aplicable la ley sobre derechos de autor.

Me inclino a pensar que realmente se producen las dos circunstancias señaladas. Por eso se dijo antes que la expresión legal de "sin perjuicio" resulta inadecuada. Se alcanza la protección a través del Estatuto cuando no se da el presupuesto constitutivo de una tutela por la vía de la propiedad intelectual. Y es -



que además la obra publicitaria difícilmente justifica la aplicación del régimen general que se fundamenta en el interés colectivo superior de estimular al progreso cultural, colectivo, artístico, científico, técnico y económico.

Los argumentos de SORDELLI para intentar convencer de lo contrario me resultan muy insuficientes. Resumidos en el público interés al que se desarrolle competitivamente la actividad en cuanto permite una mayor apreciación de las iniciativas de unos y otros, creo que no es bastante. Porque justamente a tutelar aquél interés atiene de primaria y directamente la disciplina de la competencia desleal.

Y en concreto, incluso cuando se trata de obtener protección a través de la marca ya se ha señalado cómo nuestra jurisprudencia - nunca ha dejado de valorar lo que ello podía representar de aprovecharse indebidamente de las inversiones publicitarias realizadas en favor de otra con la que pudiera confundirse.

En suma, entiendo que son los intereses en juego entre "creadores" publicitarios y anunciantes los que contempla única y exclusivamente el Estatuto al articular las reglas en los artículos 70 y 71 del modo que estima más idóneo para que se proteja aquel que considera más digno de tutela en la pugna en concreto.

Lo que supone una doble consecuencia derivada de la misma causa. Siendo un régimen especialmente aplicable en el contexto o ámbito publicitario, en primer lugar las nociones de novedad y originalidad hay que entenderlas en ese ámbito. No es exigible una

absoluta novedad. Basta con que sea una aplicación original a fines publicitarios (39). El concepto mismo habrá que inducirlo por analogía de la doctrina jurisprudencial en la aplicación de las propiedades especiales.

Pero en segundo lugar, es obligado concluir que el alcance del derecho que se reconoce viene determinado por su propio fundamento y dentro de los límites de la actividad publicitaria. - Cuestión de la que me ocuparé en seguida.

Por último no creo impertinente señalar que el propio SORDELLI no deja de advertir la necesidad de que la protección ha de rodearse de ciertas cautelas más estrictas en cuanto al tiempo que respecto de otras creaciones. Y propone junto a la exigencia de la inscripción en un Registro Público que garantice la buena fé, unos breves límites de tiempo que no excederían de tres años. No creo necesario destacar que esta posición del citado autor demuestra hasta qué punto el derecho se vincula al peculiar fundamento que aunque dogmáticamente se le niegue tiene que reconocersele forzosamente si no se quiere -como no podía ser menos en tan - prestigioso autor- construir en el vacío (40).

Nada previene el Estatuto sobre ese particular. Ni al Registro de la Publicidad se le encomienda función alguna al respecto. Parece que cualquier desarrollo de la ley no debe dejar de reflexionar sobre la oportunidad de darle intervención al Regis-

tro.

C) Alcance de la protección. -

Según el artículo 70 del Estatuto se atribuye al "autor -de las ideas publicitarias nuevas- el derecho a perseguir cualquier posible imitación o a prohibir su utilización para fines distintos de los pactados".

Por las razones expuestas más arriba, la referencia que aquí se haga al autor hay que entender que engloba al sujeto que sea titular del derecho, según el juego de las reglas de los artículos 70 y 71.

La protección dispensada al autor se articula mediante la concesión de un derecho subjetivo cuyas consecuencias se advierten en la utilización de las ideas publicitarias nuevas que creó.

Hasta aquí no se traspone el campo de la tutela general de las creaciones intelectuales. Puesto que la obra es, en cuanto tal, objeto susceptible de ser gozada por todos, el derecho a disfrutarla que se concede al autor se centra en el producto económico de su utilización.

Ciertamente el artículo 70 del Estatuto implica una ampliación del substracto objetivo o material de la tutela de las creaciones del espíritu. Pero ello no significa necesariamente que a la parcela a que se amplía le sea íntegramente aplicable la protección es-

tablecida con carácter general.

De una lectura del precepto podría obtenerse la conclusión de que el contenido del derecho se aproxima hasta la identificación con el general reconocido al autor. La conclusión sería, en mi opinión, equivocada por excesiva.

El fundamento de la disciplina de las propiedades especiales en este orden de cosas exige un extremado cuidado en la ponderación de cada caso para no desorbitar su ratio. Aquí toda precaución ha de aplicarse a la interpretación del sistema especial de tutela establecido.

El hecho de que el Estatuto expresamente formule el contenido del derecho indica que no es el mismo que deriva de la propiedad intelectual. En otro caso hubiera sido suficiente señalar que a las ideas publicitarias nuevas se les aplicaría ese régimen. Es innegable, me parece, que existe una diferenciación entre el sistema de protección en plenitud -el de la legislación de l'autor- y el especial para las creaciones publicitarias.

La razón de la diferencia se encuentra en el fundamento o justificación específica del reconocimiento del derecho.

Prescindiendo ahora de los aspectos morales, una obra intelectual se transmite como algo autónomo con valor ínsito en sí misma. La obra se disfruta por todos por lo que la obra es.

Por eso cuando se hace circular el derecho a su utilización, aquel comporta una reproducción o comunicación de la obra misma, y percibiendo el producto que se obtenga se satisface el interés del autor protegido por el derecho subjetivo.

Esa autonomía o valor autónomo de la obra en sí es justamente de lo que carece la obra publicitaria como tal, con independencia de que ella misma o alguno de sus elementos puedan en ocasiones alcanzarla. La "obra publicitaria" ni es susceptible de ser disfrutada por su valor autónomo ni el derecho a su utilización se conecta a ese valor. Es una obra instrumental cuyo mensaje se caracteriza por su expresión sugestiva, y cuyo valor sólo se reconoce en el contexto de una actividad publicitaria. Tal instrumentalidad determina que su utilización no reporta beneficio alguno directo sino por su finalidad publicitaria. El derecho a esa utilización circula, pues, no por virtud de cualquier relación comercial tocante a su comunicación a terceros sino únicamente mediante las relaciones que constituyen los contratos de publicidad.

Si se quiere proteger al autor de la obra publicitaria a través de reconocerle un derecho a su utilización, tal derecho debe dirigirse a procurarle una compensación económica por el uso de la obra en una actividad publicitaria.

A mi juicio, esta diversidad de planteamiento que supone una sustancial diversidad de fundamentación de las normas es

lo que hace seguir las mayores dificultades para reconducir la protección al ámbito del sistema general.

Parte de la ley de la acertada consideración de la instrumentalidad de la obra. En el doble sentido de que ella misma surge como instrumento para la publicidad de otro y de que lo que tiene valor, que es el derecho a su utilización, circula en virtud de los contratos publicitarios.

Un derecho a la utilización de la obra publicitaria no se concibe fuera de los supuestos de creación de la obra para -- otro O, lo que es lo mismo, no se concibe cuando el autor sea a la vez quien va a utilizarla directamente para su propia actividad publicitaria --es el caso de la exclusiva del anunciante--. Porque en estos casos, y supuesta siempre la instrumentalidad, el interés del autor no está en el beneficio que probablemente se obtendrá por la difusión de la obra sino en que se produzca en las circunstancias más favorables para que le procure la conclusión del contrato o -- contratos que se propone y entonces, sin necesidad de configurar derecho alguno nuevo alcanza la protección bien por el cauce de la competencia de ese bien, en su caso, por el de la propiedad -- industria.

Si la ley estima necesario reconocer un derecho al autor, parte de que es alguien distinto a quien va a utilizar la obra

en su actividad publicitaria. Ahora bien, se advierte que el autor satisface su interés con la conclusión ó ejecución del contrato publicitario. A partir de ese momento yá nó se manifiesta ningún otro interés. Y desde luego ninguno en orden a que se difunda una reproducción de su obra ó una imitación de la misma por parte de otro anunciante. Pues el valor que pudieramos llamar de mercado - patrimonial - de su obra se compensa en la contraprestación que recibe en el contrato. Otra cosa - lás más frecuente - es que sea una agencia la que tenga atribuída la titularidad del derecho y quiera oponerse a que otra ú otro anunciante plagie los mensajes. En este caso actuará nó én virtud de aquel derecho sino como agencia del anunciante que se ve deslealmente amenazado.

El interés del autor se conecta al volumen de las efectivas comunicaciones que se hagan de su obra, ésto es al de los actos de publicidad. Pero en este ámbito tiene un sentido diverso al que cabe advertir en el que es propio de los derechos de autor ó del inventor. La obra publicitaria no es susceptible de general disfrute o goce por sí misma. Por lo tanto, en principio, que se difunda una imitación para otro anunciante nó perjudica los actos publicitarios que se realicen sobre su obra, y no lesiona consiguientemente el tanto de su producto económico. Por otra parte, las exigencias publicitarias imponen por sí mismas unas li

mitaciones en cuanto al número de actos sobre la misma obra. De suerte que el volumen de ellos tampoco es en principio indefinido como puede serlo el número de ediciones de una novela ó el número de ejemplares del producto amparado por una patente.

Lo que se intenta impedir es, dentro del contexto publicitario, que los actos de un anunciante se realicen sin la participación del autor. Por éso la ley se refiere al "contrato", que es el celebrado entre el autor y el anunciante.

El interés del autor se manifiesta frente a quién puede utilizar su obra como instrumento de su publicidad. Y por lo mismo la ley le protege señalando que tal utilización debe surgir siempre de un contrato con el autor.

Una atenta observación de la realidad - de la que nó debe apartarse el jurista - pone en evidencia que el interés del autor se encuentra amenazado antes y después de que la obra haya sido utilizada. Podría hablarse de una "situación" peligrosa. Antes, porque cabe pensar que, conocida la obra, el anunciante nó concluya el contrato y sin embargo la utilice. Después de concluído el contrato, porque, una vez retribuído el autor, puede continuar utilizando la obra sin su consentimiento y, por consiguiente, sin la compensación adecuada. Ambos supuestos como se advierte se reconducen a una utilización fuera del contrato.



El primero porque no llegó a concluirse ninguno, el segundo porque aunque se concluyera uno, las nuevas utilizaciones de la obra no estaban previstas en él y, por lo tanto, hubiera sido necesaria una nueva convención. A impedir que esa usurpación se produzca atiende el artículo 70 del Estatuto que permite al autor perseguir la imitación de la obra. Y lo es la reproducción sin el consentimiento del autor.

El sistema legal viene a señalar la necesidad de una vinculación entre las dos facetas ó aspectos fundamentales del ejercicio de la publicidad para otro. Quiere garantizar a quién instruyó el mensaje que no podrá disfrutarse sin que obtenga la adecuada compensación.

Fuera de estos planteamientos no se justifica una especial protección jurídica del autor publicitario. Y me parecería arbitraria cualquier construcción en base a criterios conceptuales que se apartarán del fundamento que es posible encontrar al sistema, tanto, como se ha señalado, desde la ratio que informa la general disciplina de las creaciones intelectuales como desde la propia formulación del contenido del derecho que hace el artículo 70 del Estatuto.

La interpretación propuesta no parece forzar la letra de la ley. Aparentemente el precepto parece referirse a un derecho ejercitable erga omnes cuando faculta al autor para "per

seguir cualquier posible imitación" de las ideas originales.

Así lo entiende CABANILLAS para quién ese derecho se ejercita frente a "cualesquiera personas" mientras que una "utilización para fines distintos de los pactados" se ejercita frente al "empresario que ha adquirido contractualmente un derecho de utilización " (41).

Se comprende que no pueda estar de acuerdo con tan autorizada opinión. Y nó sólo por partir de un diverso planteamiento sino por entender además que se confirma en la ley.

El artículo 70 emplea la conjunción o para separar el supuesto de persecución de la imitación del de utilización abusiva. A la luz de la fundamentación del sistema el empleo de esa conjunción precisamente y no de otra - concretamente la copulativa y - está lleno de sentido. No se trata de impedir a unos - todos - la imitación y a otro - el anunciante - la utilización con abuso, sino de garantizar al autor el producto económico de su obra dentro del ámbito en que puede obtenerlo de hecho, que es el de su aplicación a los fines publicitarios de un anunciante.

En ambos casos se trata del ejercicio del derecho frente al anunciante que recurrió a los servicios del autor. Que ésto es así en cuanto al segundo término de la alternancia expresada en el artículo 70 me parece que no puede ofrecer duda.

El derecho no se desdobra por el alcance con que se ejerce respecto a terceros. Sólo se formula diversamente según se trate de uno u otro supuesto de usurpación.

La ley que parte del sano entendimiento de que el derecho encuentra su ratio en la tutela del autor en relación con un usuario de la obra, antes de delimitar positivamente su alcance lo hace indirectamente a través de las facultades que el anunciante adquiere por virtud del contrato. Bien sea porque se excedan bien por que no exista el contrato mismo, el autor podrá ejercitar su derecho a oponerse a los actos.

La norma se completa con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 39 del Estatuto que hace "responsable" al anunciante por la utilización de la obra publicitaria que le fué sugerida y él rechazó. La "responsabilidad" deriva del actuar con desconocimiento del derecho a obtener compensación que establece el artículo 70.

Cuando hay contrato, la ley ha querido señalar que nó por su virtud adquiere el anunciante el derecho a cualquier utilización de la obra sino que será el contrato quién señale los límites. Ahora bien la expresión legal "fines pactados" suscita igualmente algún comentario.

Inicialmente entiendo que no puede hacerse coincidir el términos "fines" con la noción de cualquier "límite" o condici~~ona~~

miento. El fin supone un límite pero nó todo límite se impone por la finalidad.

La obra publicitaria, como se ha dicho, puede constituir en sí misma objeto de tutela por otros mecanismos jurídicos. O pueden ser protegidos por ellos alguno de sus elementos. Desde el momento en que se reconozca su valor autónomo y nó sólo a efectos publicitarios.

Pues bien, cabría pensar que el artículo 70 in fine se refiere a las finalidades que pueden perseguirse en distintos ámbitos por razón de la diversidad de tratamiento que por el valor de la obra puede recibir. Singularmente las conexiones se descubren sobre todo en el terreno de la propiedad industrial. Basta pensar en el slogan o anagrama o logotipo que se desea constituir como marca, sin olvidar que, a veces, un dibujo ó maqueta puede sugerir la idea de industrializarlo y comercializarlo como juguete, o como motivo ornamental etc..

Ahora bien, el artículo 70, como es sabido, hace abstracción de los derechos que sobre la utilización de la obra puedan corresponder. Quiere ello decir que nó necesariamente se impone que el efecto el autor pueda estar protegido por alguno de aquellos para que el anunciante no pueda pretender utilizar la obra dentro de aquellos ámbitos. En todo caso, el anunciante no adquiere otro derecho a utilizarla que el que se deduzca del

contrato.

Esta interpretación me parece que es argumento más para sostener la general del sistema que aquí se propugna. Porque si ésto es así, no se explica la razón por la que la limitación a la utilización por la finalidad se impone solo al anunciante y nó erga omnes. Porque no creo que nadie sostenga que en el "derecho a perseguir la imitación" se contiene la facultad de oponerse a la imitación en cualquier área de la actividad humana sino sólo en el ámbito de la publicidad. De lo contrario además nó se justifica que la ley expresamente prevea el supuesto de la aplicación de la idea en otros sectores por parte del anunciante, pues si la facultad de oponerse a toda imitación es erga omnes también naturalmente queda incluido el anunciante.

Puede objetarse, me parece, que cuando la ley se refiere a fines lo hace con el sentido de condiciones y circunstancias ó límites pactados. En definitiva que el anunciante solo puede usar de la obra según los pactos convenidos.

Aparte de que seguiría en pié el punto de partida de que si sólo hubiera querido la ley ampliar el alcance objetivo de la propiedad intelectual no tenía por qué establecer el alcance del derecho, ha de verse hasta qué punto la interpretación anterior es conciliable con el sistema.

En primer lugar si se sostiene que el artículo 70

reconoce un derecho absoluto sobre la obra publicitaria creo que no es necesario decir que el derecho a su utilización circulará sometido a las restricciones y condicionamientos que los contratos impongan. Si fuera una regla formulada sólo e independiente de un contexto habría que señalar que era innecesaria por inconcusa. Como no se trata de éso sino que se inserta en una norma más general, la interpretación adecuada exige tener en cuenta la lógica y el sistema. En este orden la regla debería estar situada, en todo caso, en el lugar que ocupan las que se refieren a la contratación publicitaria.

Pero es que además entre estas ya se encuentran otras que tratan de la cuestión. Así el artículo 42 del propio Estatuto. También el artículo 5º de la Orden de 23 de Junio de 1.966 relativa a las normas a que deben ajustarse los contratos publicitarios del medio cine.

El principio que inspira el Estatuto en esta materia - y que se traduce también en la Orden ministerial citada - es el de que la circulación del derecho a utilizar la obra comporta en el adquirente la posibilidad de utilizarla publicitariamente, sin restricción. Que el artículo 42 permita pacto en contrario, no invalida que el principio sea aquél. El artículo 5º de la Orden es todavía más expresivo al disponer que el creador del filmlet o de la película no puede limitar su difusión porque "sólo los de-

rechos de autor pueden ser objeto de una reserva o excepción expresa, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 42 del Estatuto de la Publicidad". Prescindiendo del mayor ó menor acierto de referirse a los "derechos de autor" - explicable por tratarse de una obra cinematográfica - es lo cierto que el precepto está ofreciendo la interpretación correcta, que nó es otra que la de que no se impide la difusión publicitaria de la obra, si bien al autor le corresponde la compensación adecuada.

Entiendo por consiguiente que la interpretación más idónea es la que estime que por el contrato de publicidad el anunciante adquiere el derecho a utilizar la obra sin restricción en el ámbito publicitario. Pero puede prever además la utilización para otros fines - como signo, distintivo, modelo, etc. - y que en ese caso habrá de estarse a lo que disponga el contrato. Interpretación ésta que corona la que aquí se sostiene en general para el sistema protector estatutario. Si nó hay contrato - ó habiéndolo se realizan actos publicitarios no previstos en él, que es como si nó lo hubiera - el anunciante no puede utilizar la obra publicitaria. Cuando la haya, será él quién marque el límite más allá de cual la utilización es abusiva por aplicarse a una finalidad distinta. En suma, que el autor tiene derecho a una compensación por la utilización de la obra en todo caso.

Acaso quisiese objetarse que reducido el ámbito de

la protección a las relaciones con el anunciante, por virtud de lo dispuesto en el artículo 70 in fine se hace de peor condición al anunciante que a cualquier otro. El ejemplo sería el siguiente. Cuando de la obra publicitaria se destaca un elemento o ella misma es una obra con característica de autonomía en su circulación como para ser tutelada por otros cauces - es el caso de un muñeco - según lo que se sostiene, el anunciante no podría intentar alcanzar la protección que, sin embargo, quedaría expedita para cualquier otro.

No dudo que la objeción es estimable. Pero declino desde ahora la cualidad de ser su destinatario para endosársela a la ley. Que sin embargo me parece que no incide en contradicción alguna, y a la que a lo sumo cabría achacar que no resuelve en su integridad la protección que se estima debe merecer el autor publicitario. Pero esto es cuestión *iure condendo*.

La ley al plantearse esta materia ha contemplado la situación de conflicto fundamental en el ámbito publicitario. Que se produce entre el anunciante y el autor - persona creadora y lo más frecuente una agencia - . Y ha considerado digno de protección a éste último en sus relaciones con aquél. Por eso deja intacta la cuestión relativa a la protección que pueda alcanzarse por la vía del derecho de autor o de la propiedad industrial. Por que no se trata de eso, la ley lo expresa taxativamente y articula



el sistema que cree idóneo para que el autor encuentre siempre la compensación que ella estima que se le debe por parte de quién utiliza sus obras en su propia actividad publicitaria, e incluso pretende extender el uso a otra distinta.

Quiere decirse con ello que los terceros, en nada se ven afectados y que en relación con estas cuestiones habrá de estarse en cada caso a lo que dispongan las reglas generales sobre propiedad intelectual e industrial. Si bien no debe olvidarse además que frente a esos terceros - que serán otros autores ó anunciantes - el mismo Estatuto le otorga al autor el cauce de la represión de la competencia desleal. Porque tal disciplina se formula con carácter general que excediendo el campo de la competencia entre anunciantes a través de sus actos de publicidad llega a regular el total comportamiento competitivo en la actividad publicitaria, lo que supone su aplicación a los sujetos que en ella interviene como instrumentadores y ejecutores de los mensajes, en definitiva en el ejercicio de su peculiar actividad profesional.

Creo que es la última oposición que pudiera formularse a la tesis que se mantiene, podría derivar de la consideración de que según ella no se establece un derecho real absoluto y que por lo tanto ni se aproxima el sistema estatutario a los generales de las creaciones intelectuales ni se comprende entonces el interés en desentrañar un soporte objetivo al que el derecho se

refiera inmediatamente.

La objeción, como se advierte, resumiría un considerable dogmatismo que si nunca en derecho parece aconsejable, menos todavía en estas cuestiones de la publicidad.

No creo necesario destacar la inexactitud de mantener un paralelismo identificador entre el derecho real y los derechos que emanan de las llamadas propiedades especiales (42). Ni parece indispensable rescatar que la propia legislación sobre propiedad industrial desarrolla el contenido del derecho con un alcance diferente según el substrato objetivo y el cauce protector (43).

En definitiva son las circunstancias del supuesto las que determinan al legislador a delimitar el contenido del derecho del modo que se estima más idóneo para una solución en justicia.

Porque ésto es así es por lo que el Estatuto al ponderar el conflicto, aún estimando atendible el interés del autor, no por éso puede dejar de considerar el del anunciante en concreto. Esto es, el de la otra parte en una situación dentro del mundo de la publicidad. No en abstracto el de cualquiera frente a un autor ó creador.

La creación publicitaria surge referida inmediatamente al círculo de realizaciones del anunciante. E incluso si se ha de creer a los publicitarios - y nó hay motivo para lo contrario -

y en la virtualidad de sus técnicas, debe estimarse que la obra conviene sólo y exclusivamente a la actividad principal a la que se refiere como instrumento. Se acrecienta la fé desde que se disciplina legalmente el acto publicitario en sí y las cualidades y métodos que se emplean para su ejecución. Ciertamente la actividad publicitaria se incrusta en la actividad principal del anunciante. Es uno de los elementos indiscutibles que contribuyen a constituir el complejo organizado del anunciante. La publicidad surge de la aplicación de las técnicas suasorias a la realidad que el anunciante suministra, con su organización, su prestigio, la calidad de su producto o servicio, la popularidad, etc. etc.,

No puede ésto desconocerse desde un punto de vista jurídico a la hora de decidir sobre la posible tutela del autor mediante la configuración de un derecho absoluto sobre la obra publicitaria.

Dentro de esta circunstancia, el valor autónomo, incluso publicitariamente hablando, de la obra decrece considerablemente. Se tratará de creaciones que convendrán "principalmente" al anunciante - la mala publicidad no creo que merezca protección -. Ciertamente que la ley puede constituir nuevos objetos de derecho y por lo tanto nuevas categorías de derechos reales absolutos. Pero cierto también que es principio universal el *numerus clausus* de esos derechos. Por lo que parece que la propia

ley los establecerá cuando resulte indispensable a la tutela que se estima necesaria. Desde el punto de vista del conflicto entre el autor publicitario y los terceros para negar tal indispensabilidad a la razón prejurídica expuesta se une la suficiencia de la protección por el cauce de la disciplina de la competencia desleal.

Desde la óptica de las relaciones entre el autor y el anunciante, parece que el derecho de aquél no debe ser tan absoluto, que no encuentre un límite allí donde comience el derecho del anunciante a la utilización, como mejor le convenga, de sus propias realizaciones. Lo que habría de determinar además sumas cautelas en orden al reconocimiento de la idea publicitaria como obra tutelable. Su referencia directa a marcas, emblemas, rótulos, diseños, modelos, etc. parece que deben ser causa suficiente a justificar tales cautelas (44), en relación a la calificación de la obra y en relación a las restricciones que quepan establecer a su difusión. Por éso sin duda, con acierto encomiable, la ley solo atiende a garantizar una compensación al creador pero no a limitar la utilización.

Pero aún así es evidente que se impone limitar aquel derecho a plazos muy breves. Y debe sobre todo reglamentarse el modo como la compensación deba ser percibida porque no debe olvidarse que puesto que la obra origina, por la propia naturaleza de las cosas y porque lo dispone así el artículo 70, un

cierto grado de monopolio o exclusiva, atendida la circunstancia que acaba de señalarse no debe de convertirse el derecho a obtener compensación en un arma que introdujera factores de restricción de competencia poco recomendables e incluso expresamente condenados en nuestro Ordenamiento.

No me cabe duda de que en este orden de cosas se descubre la importancia de una individualización y concreción de la idea publicitaria como centro ó núcleo que determina el alcance del derecho. No es ocioso entonces que la ley atienda a especificar las circunstancias que deben concurrir para calificar la obra, ni que se realicen esfuerzos por descubrir la individualización. Porque aunque no se cosifique ni se convierta en objeto de un derecho real semejante a los propios de ese nombre, sin embargo el derecho del autor tampoco es el puramente derivado del contrato celebrado con el anunciante, puesto que va mas allá, precisamente para impedirle que sin contrato utilice la obra o que habiéndolo extienda la utilización a fines no previstos.

Que en todo caso es posible reconocer al autor un derecho derivado del contrato es algo que nadie creo que discuta. Pero se trata de proteger al autor fuera de la regulación contractual y no hay otra posibilidad que la de referir la tutela a la obra cuya instrumentación y comunicación efectiva es el objeto de la actividad que explota el autor. Y esa referencia exige indispensable

mente contar con una calificación que comporta una determinación de la obra (45).

Determinar sus circunstancias individualizadoras y el modo como puede establecerse la compensación al autor, y señalar un límite breve en el tiempo, me parece que es la tarea que se impone como urgente a los encargados del desarrollo de los artículos 70 y 71. Con ello estimo que habrían cumplido el mandato y que el derecho que se reconoce quedaría perfectamente configurado en su alcance simplemente por la interpretación que se impone sin necesidad de ninguna otra especificación. Si es que no se quiere recoger expresamente en las próximas disposiciones cualquier aclaración que haga todavía más fácil extraer el verdadero espíritu legal. Mientras tal desarrollo no se produzca y, aún después, la función jurisprudencial siempre será en suma la llamada a ponderarlo.

Desde un plano por completo diferente, puede señalarse que cuando la obra merezca ser tutelada por los cauces de las llamadas propiedades especiales - lo que supone su calificación según lo previsto allí - serán sus reglas las que regulen el supuesto y el alcance y el derecho en cada caso.

### III.- LA FORMA DEL ACTO DE PUBLICIDAD

Estudiados el sujeto y el objeto del acto de publicidad, se completa el análisis del mismo con el estudio de su forma.

#### A) Significado de la forma

Por forma del acto de publicidad se ha de entender la modalidad como el mensaje se divulga o se lleva a conocimiento de terceros a fin de que pueda cumplir su función de atracción a la conclusión de contratos.

Yá se ha dicho que la forma del acto de publicidad no es la forma que cabe predicar del mensaje publicitario, si bien la forma exterior o externa de éste se adaptará a la forma en que el mensaje se lleve al conocimiento de terceros.

La forma del acto de publicidad se conecta a la noción de medio, como vehículo o soporte del mensaje publicitario. Pero la conexión no implica confusión. Una cosa es el medio publicitario como canal o elemento material que incorpora el mensaje, y otra muy distinta el modo como éste se lleva a los destinatarios. La noción de medio de publicidad se reconduce al del elemento material a que se incorpora cualquiera de los bienes llamados por la doctrina inmateriales.

Del mismo modo a como la forma novela no se confunde con el libro que la sustenta, el medio publicitario no se confunde con lo que aquí se llama forma del acto de publicidad. Aunque tanto la novela como el acto publicitario exijan el libro y el "medio".

Ciertamente a la idea que se aproxima también la de la forma es a la de la naturaleza del acto de publicidad. Considerado éste como acto de comunicación la forma será cada uno de los modos en que la comunicación se hace posible.

Entendida la comunicación en el amplio sentido que aquí se ha expresado, que deriva de considerarla desde la finalidad antes que desde la perspectiva de su intrínseca naturaleza, resulta evidente que el acto de publicidad puede ejercerse por cualquier modo capaz de crear en un grupo de personas la suges-tión que supone un condicionamiento de todas o partes de ellas para su decisión de contratar con el anunciante.

Se comprende entonces la tremenda variedad de formas en que puede realizarse un acto de publicidad, y como se excede ampliamente el reducido campo de la información. Esta no pasa de ser una de las múltiples formas del acto publicitario y, si se quiere, su punto de partida y originario entendimiento, pero en modo alguno agota la variedad en la gama de las formas publicitarias, ni es, en verdad, hoy la que puede centrar la regulación



jurídica de la publicidad.

Para mí, el acto publicitario se manifiesta tanto en una simple transmisión de información al público sobre la existencia de un determinado bien o servicio o de la persona que pueda dispensarlo, como en el modo de plantear la estrategia que tienda a una multiplicación de los contratos sobre esos bienes o servicios siempre que esa estrategia sea, como tal, sistemática e indiscriminada hacia el público.

Ciertamente que la consideración jurídica variará o podrá variar si el acto de publicidad es una simple llamada de atención al público o si comporta una modalidad de proponer y concluir los contratos, porque en este último caso sobre el acto de publicidad incidirán las normas derivadas de la dogmática contractual. Pero sustancialmente no varía su consideración de acto de reclamo o de atracción de contrantes.

Lo único que varía es la forma del señuelo o de la seducción. Que puede residir tanto en una simple información objetiva relativa al producto o servicio que será objeto del contrato principal o sobre la persona que será parte en el mismo, como en circunstancias ajenas al producto, servicio o persona anunciante. Y esta seducción, a su vez, puede venir por el camino de que se cree en el público o grupo destinatario del acto la confianza de que va a obtener algo más de lo que se derive directa-

mente del contrato principal, o por el camino de que esa contratación se proponga en circunstancias más favorables, y que por consiguiente las ventajas que se esperan se vinculen directamente al contenido del contrato principal.

B) Hacia una clasificación de la publicidad por la forma.

Los escasos autores que desde criterios jurídicos se han enfrentado al análisis del fenómeno publicitario con carácter general, se refieren a clasificaciones de la publicidad con mayor ó menor acierto y sobre todo con mayor o menor trascendencia jurídica. Los que estudian el fenómeno desde los supuestos de la técnica publicitaria, se ocupan también, en este caso sin excepción, de efectuar clasificaciones más o menos arbitrarias de la publicidad pero que desde luego no tiene en cuenta su trascendencia para el derecho.

Con la que aquí se propugna no se pretende ni agotar las múltiples formas de la publicidad, ni menos, sentar un principio inamovible. Se trata simplemente de favorecer la comprensión general del fenómeno publicitario para encuadrarlo en el ámbito de una regulación jurídica acorde a fundamentos y principios de naturaleza exclusivamente jurídica.

No son escasas las modalidades de la compraventa que se presentan en el tráfico moderno. Dentro de la dogmática

de las obligaciones la ley y la doctrina se ocupan de ellas. Pero alguna, por su propia naturaleza y en cuanto se mantienen con carácter general y frente al público como técnica que fomenta la contratación, merece ser contemplada también como modalidad publicitaria a la que alcanza la disciplina especial que para los actos de publicidad se establece (46).

La conexión de la publicidad a la promoción de los contratos, a la noción de sugestión y a la idea de "medio", la significación que tiene de comunicación de un mensaje hacen difícil de encontrar términos expresivos no susceptibles de tergiversación que les descalifique precisamente para su función clasificadora.

Hechas estas advertencias indispensables, parece posible hacer dos grandes apartados: a) El primero con todos aquellos supuestos en que el mensaje se mantienen en una pura representación sugestiva que se dirige al público como una información más, y por lo tanto por los canales del lenguaje, de la plástica, de la música, etc.. Componen este grupo todos los actos de la publicidad clásica que se incorpora a medios ó vehículos comunicativos. En este sentido pudiera ser denominada publicidad informativa a condición de que no se dé a este término el sentido restringido que le cabe; b) El segundo apartado estaría constituido por aquellos actos de publicidad en

los que la sugestión se vincula a un dar o a un hacer ya se conecte o nó a la forma de proposición de la contratación principal ya se ligue o nó a la efectiva conclusión del contrato. También con las debidas reservas pueden reconducirse a unidad bajo la designación de publicidad promocional.

La publicidad informativa puede referirse en su contenido tanto a la persona del anunciante como el producto o servicio que constituirá el objeto del contrato principal. Y puede también contener la simple información sobre un acto de la categoría de la aquí llamada publicidad promocional. Tal será el caso en que el anuncio en prensa, por ejemplo, comunique sobre las bases de un concurso o las condiciones de una "oferta especial".

En la publicidad promocional, el señuelo se vincula a la proposición del contrato si consiste en una modalidad de concluirlo que se aplica como estrategia general a todo el que manifieste su voluntad de concluirlo.

Pero el sistema publicitario promocional puede además vincularse a la efectiva ejecución del contrato, pudiéndose a su vez distinguir entre un sistema que se refiere directamente a la ejecución del contrato mismo, y sería el supuesto, por ejemplo, de la llamada venta en bola de nieve; o bien el sistema reclamístico puede consistir en algo ajeno por completo a la vida

y desarrollo del contrato en sí.

Sería el supuesto en que la efectiva conclusión del contrato implicase la opción a participar en un concurso, juego ó sorteo, en que supusiese la entrega adicional de algo que nó fuera el objeto del contrato, o la posibilidad de que mediante unos cupones u otro sistema análogo se pudiera obtener un beneficio adicional.

Pero además y finalmente, la publicidad promoción puede no encontrarse vinculada ni a la perfección del contrato ni a su ejecución. En el supuesto de la publicidad mediante regalos o mediante la oportunidad de participar en un sorteo, concurso o juego.

La publicidad promocional incluye lo que en la doctrina germánica se conoce como "reclamo de valor", porque efectivamente el propio señuelo tiene un valor intrínseco en sí mismo.

Podría argüirse que en estos supuestos no se descubre el mensaje publicitario. Pero tal apreciación sería reducir el concepto de mensaje al que incorpora una información susceptible de transmitirse por el lenguaje o la imprenta o la imagen. En realidad, el concepto de mensaje que hemos acogido es mucho más amplio, residiría en la "significación" de la finalidad publicitaria no sólo de una expresión escrita u oral sino en la que se

descubre por un gesto, por una actitud, por una conducta.

En la publicidad promoción hay sin duda mensaje y hay sin duda comunicación, porque el sistema en que consiste se hace evidente al público, sin necesidad de ningún otro acto de publicidad informativa, por ser precisamente una actitud de dar o hacer absolutamente "sistemática" y sobre todo indiscriminada. Si además existe sobre el sistema un acto de publicidad-información, éste será un nuevo acto que deberá enjuiciarse y valorarse separadamente.

C.- La forma en el sistema español.-

Yá he tenido ocasión de exponer de que en mi criterio el Estatuto nó reduce su ámbito material de aplicación a la publicidad que se realiza a través de los medios de comunicación social institucionalizados. Sobre ello habrá de volverse en el capítulo siguiente.

La duda sin embargo podría surgir en torno a los supuestos de lo que he denominado publicidad promocional.

El señor Subsecretario de Información y Turismo en su discurso al Pleno de las Cortes textualmente dijo: "En el mundo publicitario quedan todavía pendientes gran número de temas y, desde luego, serán necesarias leyes especiales que, como en otros países, intenten afrontar de un modo concreto los

temas de la publicidad exterior, los concursos y operaciones a premio, así como las ventas extraordinarias o de liquidación, la publicidad televisada ó radiofónica, e incluso los supuestos relativamente similares de la venta a precio impuesto, "bola de nieve", en exclusiva, etc."

No creo que el párrafo transcrito sirva para fundamentar la respuesta negativa a la duda que acaba de plantearse. En él se recogen juntos supuestos de una y otra de las dos categorías o grandes apartados que aquí se han establecido. Lo que invalida que el señor Subsecretario pensara que sólo los que no son de la especie informativa quedan fuera de la regulación estatutaria. Me parece que quería expresar la verdad evidente de que para muchos supuestos es necesario un desarrollo disciplinario atendidas sus peculiares características. Sin que ello suponga en modo alguno que el Estatuto no sea la ley general que recoge su regulación básica. El desarrollo fundamentalmente vendrá por cauces de naturaleza administrativa. Así ocurrió ya con el Decreto de 20 de Abril de 1.967 relativo a las normas sobre Publicidad Exterior. Que en la parte medular de su significación publicitaria recoge - a mi juicio impertinentemente por cierto - los principios que con carácter general se encuentran en el Estatuto. Alguno de los supuestos mencionados en el Discurso de defensa del Proyecto se reconducirán igual-

mente a lo contemplado en el Decreto de 17 de Noviembre de 1.966 sobre disciplina del mercado.

Pero en cualquier caso está la propia voluntad de la ley que definiendo tan ampliamente como define la publicidad ninguno de los supuestos que alcancen la calificación, en virtud de su significación estimulante para atraer al público a la contratación, puede quedar fuera de los dos conjuntos normativos esenciales que se reconocen en el Estatuto. A saber, el destinado a la disciplina del acto de publicidad y el relativo a la contratación publicitaria.

Si los términos "difusión" o "divulgación" que podrían suponer el mayor obstáculo se entienden en el sentido amplio que merecen - hacer público - no me parece que existe inconveniente alguno en considerar que cualquiera de los actos de la llamada publicidad-promoción se incluye como materia sometida al Estatuto

La naturaleza de los actos es idéntica a la de los de la otra categoría. Su significación para el público también. Y evidentemente si por todos es reconocida la necesidad de someterlos a un régimen específico no parece que haya razón para considerarlos excluidos del que existe con carácter general para "toda actividad publicitaria" (cfr. art. 1º E.P.).



Acaso se diga que algunos supuestos de la publicidad promocional escapan del ámbito del régimen establecido para la publicidad encontrando su sede más adecuada en otros conjuntos normativos referentes bien a las fuentes de las obligaciones, bien a la contratación, bien a la disciplina de la competencia o del mercado o de los precios. Y se podrá estar de acuerdo con tal apreciación. Pero debería ampliarse a todo el sistema estatutario que, como ya se advirtió, al convertir en núcleo la publicidad contiene normas que acaso merecieran otra sistematización desde otros criterios, según la esfera de relaciones que es afectada.

Aunque la observación fuera cierta, de nire condito se cuenta con una regulación legal sistemática desde la publicidad. Y no valdrá ahora despedazar un único fenómeno socio-económico por un previsto sistematizador que no se tuvo en cuenta o no se quiso tener por el legislador.

NOTAS AL CAPITULO III

- 1) A través del mensaje se alcanza la "significación" en los destinatarios. Y es esa significación la que debe valorarse para interpretar el acto de publicidad.
- 2) Prácticamente sólo el llamado "contrato de publicidad" en el Estatuto se refiere expresamente a la instrumentación del mensaje. Pues el de "obra o creación" no tiene por qué en todos los casos referirse a ella, ni nunca el contrato "de difusión" ni el "de mediación".
- 3) Es necesario advertir que no se enfatiza aquí el término "mensaje" en el sentido literario. Solo tiene el sentido del qué de la comunicación, siguiendo en esto a J.L.L. ARANGUREN, op. cit. pág. 12. En general, el término "mensaje" está plenamente admitido en la terminología publicitaria, y es utilizado incluso por el mismo legislador, en el sentido del objeto de la actividad publicitaria. Así, entre otros, el artículo 3º del Decreto de 20 de abril de 1.967 sobre publicidad exterior.
- 4) J. Garrigues. "Publicidad y competencia ilícita". Conferencia pronunciada el 26 de abril de 1.966 en el Instituto Nacional de Publicidad. Recogida en "La publicidad y sus fundamentos científicos", cit. pág. 13.
- 5) J.L.L. ARANGUREN, op. cit. pág. 155.
- 6) Informe recogido en "La publicidad como medio..." cit. - pág. 193.

7) En mi opinión es muy claro que no cabe la dicotomía entre informatividad de la publicidad y persuasión. Y si ambos conceptos no se excluyen, es, sin embargo, aquél el que se coloca en función de éste. No parece necesario traer aquí cuanto sobre el particular se ha sostenido en una u otra dirección por los autores. Baste con citar a G. GHIDINI: "Introduzione allo studio della pubblicità commerciale". Ed. Giuffré. Milano 1.968 pág 17..a 22. Si bien me parece excesivo su punto de vista de que la eficacia persuasiva está en razón inversa - del contenido informativo.

8) El mensaje se dirige al hombre en su integridad y en su circunstancia ambiental, que simplifica contar con una fuerte intervención de la voluntad e incluso de los instintos, condicionada en ciertos límites por los estímulos que recibe de la sociedad de masas que le ha tocado vivir al presente. Es algo que saben muy bien los técnicos publicitarios que se apoyan en la motivación.

9) Es lo que se ha llamado "publicidad sugestiva" (vide G. GHIDINI, op. cit. pág. 121 y ss.). Denominación que encierra el peligro de hacer perder de vista que toda publicidad es persuasión, y que, por lo tanto, no parece aceptable configurar especiales categorías que impidan una regulación jurídica unitaria mediante la aplicación de unos mismos principios fundamentales como punto de partida al razonamiento del intérprete.

10) No puede desconocerse en este punto las diferencias que

separan a unas comunidades de otras, cuya relevancia jurídica se ha puesto de relieve en relación material próximas a estas por T. ASCARELLI "Panorama del Derecho comercial". Trad. J.M. Jaume Urrizaga. Ed. Dapalma. Buenos Aires 1.949, pág. 175 y ss. En este sentido, J. Walter Thompson considera que el adagio "cuenta más, vende más" comprendía la filosofía de la publicidad profesional". Ello es sin duda posible en la sociedad norteamericana.

11) El artículo 68 del anteproyecto de Código de prácticas legales que se pensó presentar a la primera Asamblea Nacional de Agencias en 1.968, decía: "La campaña de publicidad constituye normalmente un conjunto armónico y con unidad de criterio, integrada por una serie de piezas publicitarias que en forma de anuncios se insertan a través de los medios publicitarios elegidos de acuerdo con una planificación previa.- - Usualmente se refiere al ejercicio económico del anunciante(?) y su contenido estará en función de las necesidades de la política comercial de aquél, sea cuál fuere el alcance, el número y variedad de medios utilizados y la cuantía de la inversión a efectuar".

12) Que es lo que algún autor ha llamado "hilo conductor" de la campaña o núcleo ideativo (L. SORDELLI: "Note per una disciplina giuridica delle "ideazioni pubblicitarie". Riv. Il diritto di autore. Octubre-diciembre 1.963.

13) L. SORDELLI: "Note... " cit.

14) Nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 21 de junio de

1.965 reconoce expresamente, en Considerando claramente doctrinal, que a partir de la conferencia de Roma y de la de Bruselas, ambas ratificadas por España, el derecho de autor se configura como un derecho patrimonial junta al derecho moral, inclinándose de este modo por el sector de doctrina que así lo había ya entendido. Aunque en el caso concreto, no obstante la argumentación doctrinal, el Tribunal Supremo no reconoció afecto alguno al llamado derecho moral por no estar desarrollado su régimen u ejercicio en nuestro derecho positivo.

15) Creo que hoy nadie discute que el fundamento de las llamadas propiedades especiales reside en -para decirlo brevemente- "to promote the progress of science and useful arts by securing for limited time to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries", como se recoge en la Constitución de los Estados Unidos de América. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1.963 expresamente alude a los límites que impone "la servidumbre a los más altos intereses colectivos".

16) J.M. MARTIN OVIEDO, op. cit. pág. 21 y s. Ciertamente, a través de las Conferencias internacionales, la disciplina del derecho de autor se encuentra muy acusadamente internacionalizada. Y no puede dejar de reconocerse que en líneas generales, la jurisprudencia de los diversos países se muestra muy amplia, al interpretar los requisitos de creatividad, novedad, originalidad, mérito, et. que de una u otra forma están presentes a la hora de la calificación de las

obras espirituales. Sin que ello signifique, sin embargo, que deje de advertirse el carácter de *numerus clausus* que rige en estas materias, Como ha sido claramente señalado entre nosotros por el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de junio de 1.965 que, recogiendo anterior jurisprudencia, sostiene - que el artículo 429 del Código Civil no autoriza para extender lo que dispone a cualquier otra propiedad diferente de la definida en la Ley de 10 de enero de 1.879.

17) R., CABANILLAS, op. cit. pág. 74.

18) J.M. MARTIN OVIEDO, op. cit. pág. 22 y s.

19) Sobre este punto me remito a lo que expresa más abajo, - dentro de este mismo epígrafe, sub. G).

20) R. CABANILLAS. vide nota 17) precedente.

21) También parece reconocerlo así implícitamente CABANILLAS cuando en la obra y lugar que acaban de citarse se refiere a "invenciones de servicio".

22) Así parece desprenderse de la argumentación de CABANILLAS que viene citándose, cuando distingue entre "el derecho como tal" y "los derechos de utilización publicitaria" que son los que pueden cederse pero sin que suponga la cesión de aquél.

23) Efectivamente, interpretar los artículos 70 y 71 del Estatuto en la forma que se propone en el texto, supone la eficaz protección de todos los interesados sin mengua de lo preceptuado en los artículos 29, 30 y 31 de la Ley de Contrato de Trabajo, que, por lo demás, no hacen sino formular específicamente la regla general aplicable a estas cuestiones y

que también queda a salvo con la interpretación propuesta. Que evidentemente resuelve no sólo el supuesto de que la creación se produzca en virtud de una relación de servicios sino de modo general cuando el acto de creación sea el objeto y contenido de un contrato. Ya que en tal caso, el derecho sobre la obra surge para la parte que encargó a la otra el acto, que la tiene por resultado.

24) No es infrecuente -sobre todo para productos de nuevo lanzamiento- que la agencia de publicidad sea encargada de crear la marca, los logotipos y rótulos, los envases y dibujos ornamentales, etc,

25) Singularmente G. GHIDINI: "Marchi espressivi, labels e pubblicità". Riv. dir. ind. 1.966. I. pág 78 y ss. Cuyo artículo se recoge sustancialmente en la obra citada del mismo autor, pág. 22 y ss.. Es indiscutiblemente segura su argumentación sobre la conexión de hecho entre publicidad y signos distintivos, que, sin embargo, no comporta que sea aplicable a aquella el régimen de estos. Pero ya no estoy tan cierto de que pueda negarse de modo absoluto que aquella fáctica - aproximación no tenga consecuencias relevantes para el derecho.

26) Nuestro Tribunal Supremo en cuestiones relativas a inscripción de marcas parte siempre de estimar una directa conexión de la publicidad a los signos distintivos, resaltando en reiterada jurisprudencia que no debe nadie intentar aprovecharse de la "propaganda" que con relación a sus marcas -

haya realizado un anterior titular inscrito. Entre muchas sentencias, la de 22 de octubre de 1.964, que recoge una corriente jurisprudencial que es también continuada posteriormente.

27) En este punto, y por ceñirme al tratamiento de las cuestiones en el campo nacional, me parece muy elocuente la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1.967, que al referirse a la indemnización por culpa extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil, expresamente reconoce que "no puede ser... el importe total de los beneficios obtenidos en la venta de X por el demandado sin otro descuento que el coste de su fabricación, como sostiene el actor, puesto que en el volumen de ventas no sólo influye la bondad del producto, sino también la organización para la explotación, la publicidad y demás "que según el propio demandante reconoce han sido excepcionales e inmensas por parte del demandado y que deben tener su justo y legítimo premio".

28) Claramente lo advierte T. ASCARELLI: "Teoría ... cit. pág. 485, al resaltar la importancia que tiene poder encontrarse tutelado previamente al lanzamiento de una marca precisamente por las grandes sumas que se invierten en la publicidad, En el mismo sentido, G. GUGLIELMETTI: "Gli slogans e la loro tutela". Studi in onore di Paolo Greco. Cedam. Padova, - 1.965. Vol. I. pág. 550 y ss.

29) Creo que la doctrina es constante al admitir la posibilidad de que el anunciante se vea protegido por la vía de la



competencia desleal como cauce distinto al de la propiedad industrial.

30) Por eso, cuantos autores se han ocupado de la cuestión tratan de descubrir en los instrumentos publicitarios (slogans, textos, carteles, folletos, anagramas, etc.) el elemento objetivo al que se aplica en cada sistema la protección de la propiedad industrial. Y a poner de manifiesto esa posibilidad dirige en general sus esfuerzos la doctrina. Vease: G. GUGLIELMETTI, op. cit.; G. ARQUINT: "Der Schutz des slogans". Basilea, 1.958; K. BUSSMANN/H. DROSTE: "Werbung und Wettbewerb im Spiegel des Rechts". Essen, 1.951.; Y. SAINT-GAL: "Protection et défense des Marques de Fabrique, de commerce ou de service". 3ª ed. Jacques Delmás. Paris; La Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1.967, revocando la denegación del Registro, admite el recurso por el que se pedía la inscripción como marca de "Refresquese con X", por entender que no hay impedimento alguno por la amplia definición de marca que se contiene en el artículo 118 del Estatuto que admite las "modalidades de publicidad", ni por lo preceptuado en el Art. 124.

31) Así T. ASCARELLI, op. cit. pág. 356.

32) F. Sanchez Román: "Estudios de Derecho Civil". T. III, 2ª ed. Madrid . 1.900 pag.320 y s.

33) La diferenciación entre forma interna y externa es obra de la doctrina alemana que recogida por la italiana encuentra eco en todos los autores, que de uno u otro modo tienden a

definirlas, Me parece que se puede sacar la conclusión de que al hablar de forma interna se hace referencia a un contenido ideológico, si bien, a través de la forma, se llega a individualizar "en el mundo fenoménico" siempre que se deje fuere la "materialidad del signo" a través del cuál se ha fijado la obra, puesto que ésta es reconocible en cualquiera de sus múltiples manifestaciones posibles.

34) En este punto ocurre lo que se advirtió en relación a la propiedad industrial. Porque efectivamente cuando en ciertos elementos se reconozca el substracto objetivo idóneo a ser tutelado por la propiedad intelectual, le alcanzará la tutela, Y así lo entiende también la doctrina unánimemente, si bien las discrepancias pueden surgir por la mayor o menor flexibilidad de cada autor al interpretar los requisitos que se exigen en el régimen general cuando se aplican al slogan, a los textos, a la música, etc. A los Autores señalados en nota 30 precedente se podría unir la mayoría de cuantos han tratado el tema general de las propiedades especiales. Especialmente se ocupan del tema: R. et. F. GREFFE: "La publicité et la loi". Libraires Techniques. Paris, 1.965; P.R. DUFERTUIS: "Le droit d'auteur dans le domaine de la publicité commerciale". Lausanne, 1.964.

35) Desde estas perspectivas, se comprende que no resulte tan simple la reconducción de la tutela de la obra publicitaria a la general de la propiedad intelectual. Porque no se trata de los diferentes elementos para lo que no habría

mayor dificultad en principio, sino de algo de lo que esos elementos no son sino manifestaciones diversas; ésto es, el mensaje.

36) L. SORDELLI: "Note ... "cit., que ha sido recogido en su libro "problemi giuridici della pubblicità commerciale". Fiuffré. Milano 1.968. Y en general en numerosos artículos y comentarios a la jurisprudencia italiana.

37) En el mismo sentido P. CABANILLAS, op...cit. pág.73.

38) No creo que nadie niegue -ni el mismo Estatuto lo ignore- que una obra publicitaria no pueda alcanzar tutela por la propiedad intelectual.

39) G. ARQUINT: "Der Schutz... " cit. pág. 90 y ss.

40) Ciertó que SORDELLI ("Note..." cit) destaca, siguiendo a ASCARELLI, que en los bienes inmateriales se da una gran heterogeneidad de aspectos que dependen de las características de cada uno. Lo que sin duda justifica un diferente -tratamiento jurídico en cuanto al alcance del derecho en cada caso.

41) P. CABANILLAS. op. cit pág. 73.

42) La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1.941 destaca la sustancial diferencia entre la propiedad intelectual y el derecho dominical, En la doctrina, por todos. T.ASCARELLI: "Teoría..." cit. pág. 697.

43) Basta repasar el Estatuto de la Propiedad Industrial para advertirlo.

44) Me parece muy ilustrativo cómo se resolvió en Francia el

caso en que se solicitaba por el autor la protección del slogan "Entrez dans l'Aronde". Ni el Tribunal del Sena ni la Corte de París lo aceptaron. Rescindiendo ahora de las consideraciones sobre la banalidad de la frase, importa la reflexión que se hizo en torno a que admitir la protección limitaría al usuario de la marca Aronde, que por serlo tiene todo derecho a las combinaciones posibles con su marca. (Revue Droit Commercial 1.959).

45) La doctrina se refiere expresamente a la protección - que al autor publicitario puede alcanzar a través de una obligación de secreto y de los pactos contractuales. Así por todos, T. ASCARELLI "Teoría..." cit. Singularmente se refiere a ello L. SORDELLI en sus "Note..." cit. para encontrar insuficiente el cauce de la protección. Estoy de acuerdo con tan prestigioso autor en este punto, pero sin llegar no obstante a las consecuencias que él saca sobre la necesidad de configurar un derecho absoluto sobre el bien inmaterial que la obra publicitaria constituye en su opinión. - Basta, a mi juicio, con lo que establece el Estatuto español. Esto es, con señalar que el contrato entre autor y - anunciante no otorga a éste en ningún caso -aunque aquél no se encuentre protegido por el derecho de autor o de propiedad industrial, o el anunciante esté tutelado por las normas de esta última -el derecho a utilizar la obra fuera de los límites publicitarios,

46) La venta sobre muestras del Art. 327 del Código de Co-

mercio, no impide reconocer en el envío de las muestras, en su caso, una modalidad publicitaria. Y así lo entienden los autores, singularmente alemanes, que tratan de ciertos modos publicitarios. Por todos H. Fr. BURMANN: "Das Recht der Wertreklame". Berlín 1.965. trata agotadoramente la cuestión.

## CAPITULO CUARTO

### LA EJECUCION DEL ACTO DE PUBLICIDAD

#### 1.- EL SOPORTE DE LA EJECUCION DEL ACTO DE PUBLICIDAD. EL MEDIO.

Se inicia este Capítulo de la ejecución del acto de publicidad con el estudio del medio publicitario porque, efectivamente, constituye elemento esencial para la misma, hasta el extremo de que sin él el acto de publicidad resulta irrealizable.

Dada la naturaleza del acto, que consiste en la comunicación de un mensaje publicitario, viene exigido un vehículo capaz de realizar esa transmisión. Y ese vehículo es lo que se denomina "medio" que es, por tanto, el instrumento de comunicación al público -o al grupo- del mensaje publicitario.

#### A) El Medio y la forma del acto de publicidad. - En el Capítulo

lo precedente, al tratar de la forma del acto de publicidad se apuntó ya cuál era la conexión que existe entre esta noción y la del medio que se utiliza en la ejecución del acto.

Desde el ángulo del medio que se utiliza para la transmisión del mensaje cabe establecer una diferenciación

del acto de publicidad por su forma.

Se vió, igualmente, cómo esa influencia del medio en la forma del acto, repercutía también en la llamada forma externa del mensaje.

Si no es concebible un acto de publicidad sin la utilización de un medio, éste se encontrará presente en todo acto sea cuál sea la forma que adopte.

Y en cualquier acto de publicidad informativa como en cualquier otro de publicidad promocional, existe el soporte que incorpora el mensaje y lo lleva a conocimiento de sus destinatarios, siendo por consiguiente imposible reducir o limitar la noción de medio a una categoría única con unas características determinadas. No cabe más concepto de medio de publicidad que el que deriva de su consideración de canal de la comunicación del mensaje entre el anunciante y los receptores del mismo.

El medio de publicidad, para ser considerado tal, no exige una determinada consistencia desde el punto de vista de su naturaleza física, ni exige tampoco que el mismo tenga una preexistencia al acto publicitario.

En el primero de los sentidos apuntados, cabe perfectamente que el medio sea una cosa material y corpórea, como que venga constituido por una energía.

Desde el ángulo de su existencia anterior al acto, el medio puede ser preexistente al mismo o constituirse ex novo para la concreta transmisión del mensaje.

Atendiendo a su capacidad de influencia en cuanto a la extensión del círculo de los destinatarios del acto, el medio se puede considerar como discriminatorio o indiscriminatorio, según que para el anunciante sea posible, o no, respectivamente, someterlo a una dirección determinada de modo que él conozca previamente ciertas características, al menos, de las personas que recibirán el mensaje.

Y el medio de publicidad puede consistir en una acción ejercida frente al público por parte del anunciante.

Las categorías de medios que aquí se indican no son recíprocamente excluyentes, sino que, por el contrario, se combinan entre sí, y de esa combinación surge la forma del acto publicitario y la calificación del medio mismo.

Sin pretender agotar el tema ni que tenga un exhaustivo alcance, se puede a los efectos que aquí importan, establecer la siguiente relación.

a) Supuestos de publicidad informativa

1. Medios corpóreos, preexistentes e indiscriminatorios. Son los de la publicidad a través de la prensa —en sentido am-



plio-, y algunos de los supuestos de la publicidad exterior.

2. Medios energéticos, preexistentes e indiscriminatorios. Son los supuestos de la publicidad a través de la radio, el cine y la televisión.
3. Medios corpóreos, ex novo e indiscriminatorios. Son los supuestos de la publicidad en punto de venta, los de determinados casos de la publicidad exterior y los de publicidad a través de entrega masiva de octavillas, prospectos, carteles o programas, etc.
4. Medios enérgéticos, ex novo e indiscriminatorios. Son los supuestos de la publicidad aérea y megafónica.
5. Medios corpóreos, ex novo y discriminatorios. Son los supuestos de la publicidad directa.

b) Supuestos de publicidad promocional. También cabe ahora referirse a una cierta corporeidad o incorporeidad del sistema mismo, así como a su cualidad discriminatoria o no. El regalo es un supuesto de medio corpóreo que puede ser discriminatorio o no, según que se vincule o no se vincule a la conclusión o a la ejecución del contrato principal. En general, y sin prejuzgar ahora su calificación jurídica, los supuestos de la publicidad promocional se reconducen a lo que se ha indicado como acción frente al público. Acción que también puede entrañar una cierta discriminación si se conecta a

la perfección o a la ejecución del contrato.

Lo que ciertamente se persigue al establecer la clasificación que se ha hecho es apoyar la afirmación anterior de la imposibilidad de reconducir a una sola categoría los medios de publicidad, que se muestran tan varios y múltiples como variada es la actividad publicitaria.

Sin embargo, de la relación establecida, se destaca inmediatamente una consecuencia. La de que existen unos medios publicitarios que podríamos llamar "naturalmente" publicitarios, frente a otros medios que son "accidentalmente" publicitarios. Aquellos son los que, prescindiendo de su pre-existencia o no al acto, tienen como única finalidad de su creación el servir de vehículo de comunicación de un mensaje de publicidad, mientras que los otros medios se utilizan como soportes del mensaje, además de tener en sí mismos una distinta finalidad. Estos son los llamados medios de comunicación social que, efectivamente, transmiten mensajes publicitarios pero que no agotan su fin en esa transmisión.

La segunda consecuencia es la de que junto a los medios que implican una permanencia en su existencia, y de los que la publicidad se aprovecha, hay otros que nacen y se extinguen con la ejecución de cada acto de publicidad. A los primeros, se conectan, sin duda, los medios de

comunicación de masas, pero no sólo ellos, sino que la publicidad misma, y para su servicio, ha ido configurando unos medios permanentes. La permanencia comporta una institucionalización, y ésta deviene a los medios por virtud de su referencia a una personalidad. El medio, entonces, en su aspecto de soporte del mensaje publicitario, se convierte en objeto de explotación económica por parte de la persona que sea su titular.

De esta suerte, cabría diferenciar los medios publicitarios institucionalizados de los no institucionalizados. Y consiguientemente, puede hablarse de medio en el sentido material y objetivo de soporte o vehículo, o en el sentido subjetivo de persona que ostenta la titularidad del medio. Pero es de notar que uno y otro sentido tienen un indiscutible relieve jurídico y no sería correcto deducir que sólo lo tiene el aspecto subjetivo del medio. Este es evidente desde los supuestos del tipificado contrato de tarifa, en que, precisamente, es parte en él un medio de publicidad. Pero también el medio en su aspecto material y objetivo muestra su trascendencia jurídica en el campo de la contratación publicitaria, y, desde luego, en la esfera de la calificación jurídica del acto de publicidad y en la de su especial disciplina.

Si se refiere toda esta argumentación al Esta

tuto de la Publioidad, en él se descubre también la dualidad de sentidos o aspectos desde los que cabe contemplar el medio, e incluso, dentro ya de su aspecto subjetivo o institucional, para el Estatuto tiene una diferente consideración el medio que pertenece al género de los de comunicación social de aquél que no pertenece a ese género.

Al aspecto objetivo del medio, como soporte del mensaje, se refiere la ley en su artículo 1º cuando dispone la irrelevancia del medio empleado para la consideración del acto como de publicidad en sentido legal. Ese mismo aspecto está contemplando la ley cuando en su artículo 7º habla de que la publicidad por su forma deberá adecuarse a lo que él establece. Forma en este precepto vale tanto como medio, puesto que el acto de publicidad se "conforma" al medio que se utiliza. Y el medio como vehículo en la ejecución del acto se refieren los artículos 15, in fine, y 19 del Estatuto. En el primero de los citados, se habla expresamente de medio como bien material susceptible de soportar el mensaje publicitario. Y el artículo 19 excluye de la aplicación del Capítulo I del Título III a "la publicidad que ... (se) realice en los bienes que posea" el anunciante. Nótese que de lo que se excluye es de la aplicación de las normas relativas a los "sujetos" de la publiqi

dad, pero no de las demás normas legales, de lo que se desprende que, aun no existiendo una persona titular de un medio -esto es un medio en sentido institucional-, el acto de publicidad existe y queda sometido a la disciplina estatutaria; el medio, en este caso del artículo 19, es el medio material que viene constituido por "los bienes" a que se refiere.

Al aspecto subjetivo o institucional del medio se refiere la ley fundamentalmente en lo que respecta a la figura contractual de "difusión o de tarifa publicitaria" en la que, como se ha dicho, el medio es parte. Pero fuera de este supuesto, también encontramos en el Estatuto una referencia al medio en sentido subjetivo. Y así, los artículos 2º y 9º principalmente, sin considerar aquéllos que expresamente se dirigen a la disciplina de los "sujetos" de la actividad publicitaria, ni aquéllos otros que se refieren al medio como posible participante de los Organismos que la ley establece, o como posibles sujetos pasivos de la sanción por la infracción de las normas legales. Los artículos 2º y 9º del Estatuto se refieren, sin embargo, precisamente, a los medios de comunicación de masas, como se deduce de su propio contexto, lo que no quiere en modo alguno decir que en todos los demás supuestos en que se contempla el medio en su aspecto institucional, la nor-

ma se contraiga a esa específica categoría. Para afirmar tal cosa, no hay la menor base en la ley, y sí, por el contrario, para afirmar que considera la posibilidad de medios institucionalizados fuera de los casos de los llamados medios de comunicación social.

Puede concluirse en suma que ni existe lo que algún autorizado autor ha denominado "publicidad inmediata" -en el sentido de que en ella no interviene medio alguno- (1)-, ni al contemplar los medios en su aspecto subjetivo o institucional puede reducirse la contemplación a los medios de comunicación de masas. Es más, precisamente la fértil iniciativa, que por definición se dá en el ámbito de la técnica publicitaria, descubre cada día la posibilidad de institucionalizar y convertir en permanentes más medios de comunicación publicitaria.

Ocorre, sin embargo, que el acto de publicidad realizado a través de los medios de comunicación social, adquiere una especial significación por su evidente incidencia en otros sectores de intereses que los propios y peculiares en que deja sentir sus efectos la actividad publicitaria.

Nos referimos a aquellos sectores que se conectan a los fines que los medios de comunicación social están

llamados a cumplir, y que se pueden esquematizar en a) recoger y difundir noticias sobre acontecimientos actuales; b) interpretar editorialmente esas noticias; c) mantener una cierta actividad educativa y cultural y d) servir de pasatiempo y entretenimiento al público.

Ciertamente que la utilización a fines publicitarios de estos medios les convierte en dispensadores "de dos servicios completamente distintos: al público, noticias, comentarios, entretenimiento, etc; al anunciante, espacio" (2). Y en esta dualidad de servicios reside la posibilidad de colisión y conflicto entre los dos sectores interesados.

Esta materia, pues, se reconduce a la especial disciplina jurídica del acto de publicidad de un lado y, de otro, a la especial disciplina jurídica del desenvolvimiento de la actividad de los medios informativos para el exacto cumplimiento de sus propios fines. Por lo que aquí interesa, reenviamos al análisis de aquella especial disciplina puesto que el Estatuto de la Publicidad ha tenido en cuenta ese posible conflicto entre finalidades publicitarias y servicios informativos.

Todas las consideraciones precedentes se ven confirmadas inicialmente en la Orden de 24 de Febrero de 1969 sobre el "concepto de medio y exclusiva".

Por lo que aquí interesa, de su articulado se desprende la diferenciación entre medio en sentido subjetivo y su aspecto objetivo o material. Lo que ocurre es que reserva la denominación de medio para el titular del "bien" o "soporte" o "elemento material" "susceptibles de utilización como vehículo de difusión publicitaria". Pero, como no podía ser menos -lo contrario atentaría a lo dispuesto en el Estatuto-, los actos en los que no intervenga un medio en sentido estricto no dejan de ser publicitarios (cfr. arts. 4º y 5º de la Orden citada y 15 in fine y 19 del E.P.).

Al mismo criterio responde la Orden de 27 de febrero de 1969 dictada para la publicidad exterior con intención paralela a la de tres fechas antes (cfr. arts. 3º y 2º Orden citada), si bien, por cierto, esta última disposición utiliza la palabra medio para referirse al soporte que actúa de vehículo de la difusión publicitaria.

Si sólo se tratase de esto, en principio, la cuestión no pasaría de ser terminológica. Se habría intentado esclarecer el alcance del término y cómo podría entenderse. Pero no puede olvidarse que puesto que a la condición de medio se anudan unas consecuencias que van desde la aplicación de una disciplina subjetiva hasta su intervención en los contratos publici-



tarios, la determinación del concepto encierra unos innegables efectos.

De los artículos 1º, 4º y 5º de la Orden de 24 de febrero y del artículo 1º, 2º y 3º de la Orden del 27 del mismo mes, se deducen unas consecuencias que no pueden pasar sin comentario.

En principio, el artículo 1º de la primera Orden parece irreprochable. Deriva la calificación del hecho de la dedicación "organizada, sistemática y habitual" a la explotación publicitaria del soporte. Si se trata de establecer un concepto a efectos de una regulación profesional, el criterio adoptado es sin duda el mejor. Se desvanece entonces cualquier duda que pudiera existir sobre la calificación que cupiera a personas titulares de soportes que no los explotaban, sin embargo, racionalizadamente. Los términos de amplitud con que la disposición se refiere a la naturaleza de las personas titulares -Organos de información de la Administración y del Movimiento y empresas o entidades privadas- y a los bienes -sólo se exige que sean susceptibles de transmitir un mensaje- permiten, sin duda, englobar en el concepto cualquier supuesto, destacándose entonces como único criterio calificador el de de la explotación racionalizada. Se trata, entonces, de los medios que aquí

se han llamado institucionalizados. Pero obsérvese que en esta categoría caben tanto los que son "naturalmente" publicitarios como los que sólo lo son "accidentalmente", en el sentido que se señaló antes y es más, concretamente, en el artículo 1º de la Orden de 24 de febrero se contemplan expresamente estos últimos puesto que sólo "accidentalmente" explotan la publicidad los Organos de información. Con mas motivo se incluyen los que efectúan la explotación "naturalmente" puesto que, por definición, siempre lo harán en forma racionalizada.

Desde esta perspectiva cabría ya observar una cierta incongruencia en la Orden de 27 de febrero al definir los medios de la publicidad exterior. Esta no debe merecer, en mi opinión, una regulación en paralelo con la de carácter general para la publicidad. Es sólo una de sus posibles formas y un régimen jurídico específico sólo debe convenirle en cuanto se manifiesten sus específicas características frente a otras formas publicitarias.

La razón de la incongruencia reside, a mi juicio, en no distinguir entre medio y forma del acto de publicidad, y cuando se trata de definir aquél en sentido subjetivo se involucran aspectos formales que no tienen ninguna significación ni deben tenerla. Medio es quien ostenta la titularidad

de un soporte publicitario, sea cual sea la naturaleza de éste y, por lo tanto, la forma en que pueda manifestarse el acto al utilizarlo. El único criterio que cabe razonablemente es el de la modalidad de la explotación del soporte. Involucrarlo con otros que derivan de su naturaleza no produce sino confusión como se verá seguidamente.

Soporte de publicidad es un periódico, unas ondas, un muro, un recinto donde la gente se reúne, el toldo de un establecimiento, una carta o un folleto, un campo o una calle en la ciudad, etc. Desde el punto de vista subjetivo es medio, en principio, quien tiene la titularidad de esos soportes, quien puede disponer de ellos para los fines publicitarios de otro (cfr. art. 19 E.P.). Pero todos los titulares, sin excepción. Cabe que por razones de diversa índole convenga acotar el concepto. Insisto en que el criterio no puede ser otro que el de la forma de la explotación cuando se trata de establecer un régimen subjetivo que se traduce en la participación en Organos que miran a la regulación profesional de la actividad publicitaria, en la exigencia de unas tarifas para la contratación, en suma, en reglas tendentes a la ordenación y disciplina de un sector del tráfico.

Correcto, pues, el criterio de la Orden de

24 de febrero no se debería haber dictado la Orden tres días más tarde, definiendo el medio en la publicidad exterior. Para estos casos, como para todos los demás, lo es quien disponiendo de la titularidad de soportes los explota en forma racionalizada.

Pero el artículo 4º de la Orden de 24 de febrero contiene una disposición que resulta de difícil encaje en el sistema. Señala que "las empresas, entidades, asociaciones, Organismos, etc. cuyo principal objeto social no sea la explotación publicitaria de soportes de su propiedad, podrán: a) ceder su explotación comercial publicitaria a agencias o empresas de exclusivas; b) constituir a tal fin una agencia o empresa de exclusiva".

En los comentarios que merece la redacción no voy a detenerme ahora. Del marasmo del precepto se deduce un criterio diverso para la calificación de una persona como medio publicitario. Ya no se trata de que se explote el soporte de forma racionalizada sino de que no sea el fin principal -no objeto social- tal explotación. Pero esto es algo rigurosamente contradictorio con lo dispuesto en el artículo 1º de la misma orden. Porque explotación racionalizada no equivale a explotación como fin principal. Es más, en el artículo

1º expresamente se contemplan los Organos de información que sólo son "accidentalmente" publicitarios. Y es que cabe perfectamente que aún siéndolo exploten el soporte de modo organizado, sistemático y habitual. Es necesario preguntarse entonces cual de los dos criterios debe prevalecer. Porque a todos los titulares previstos en el artículo 1º les es aplicable la regla del 4º salvo a los que sean "naturalmente" publicitarios, resalando entonces más la incongruencia de la segunda Orden por que justamente los medios de publicidad exterior quedan -por su "naturaleza" publicitaria- excluidos de la posibilidad de aplicación de ambas reglas. Inversamente, alguno de los titulares -no se sabe por qué en este caso "propietarios", cuando además pueden no serlo- a que se refiere el artículo 4º puede encontrarse amparado por la regla del artículo 1º, cuando exploten organizada, sistemática y habitualmente sus soportes. Mucho más desde el momento en que la ley -y lo ratifica la Orden- contemplan la posibilidad de que los titulares mantengan un "departamento de explotación publicitaria" (cfr. arts. 15 EP y 2º b) de la Orden de 24 de febrero.

Se argüirá que justamente de lo que se trata es de prohibir a las personas previstas en el artículo 4º que exploten la publicidad. Prescindiendo de esta capital cuestión

sobre la que volveré, no se resuelve nada porque lo importante es saber a quienes se les prohíbe. A todos aquellos cuyo fin principal no sea tal explotación?. Entonces, todos los medios, salvo los que sean "naturalmente" publicitarios, queden incursos en la prohibición. Seguramente se argumentaría diciendo que se les prohíbe la explotación porque no son medios pero que a éstos no se les prohíbe por serlo. Pero el círculo infernal continuaría cerrado. Por qué no son medios?. No pueden entrar perfectamente en la noción del artículo 1º?. De suerte que se tiene una prohibición de explotar la publicidad por no ser medios y no lo son porque se les prohíbe la explotación de sus soportes publicitarios. Pero, quiénes son esos entes a los que se les prohíbe?. Porque, además, basta leer el artículo 4º para advertir la amplitud subjetiva - tanta como se conceda a los etcéteras - y objetiva - sólo se habla de soportes sin ningún adjetivo ni definición - con que está formulado.

No puede negarse que una solución sólo puede venir en razón de la naturaleza del soporte susceptible de explotación publicitaria. Lo que significa que se ha tenido en cuenta tal naturaleza para las definiciones y las exclusiones. Pero lo que no se entiende fácilmente es que se parta de esta

consideración.

En estas circunstancias, solo cabe pensar que el artículo 1º de la Orden de 24 de febrero de 1969 reserva el concepto de medio para los medios de comunicación social. Todos los demás quedan comprendidos en el artículo 4º.

Sin embargo, ha de hacerse constar que no hay un sólo precepto en la Ley ni siquiera en el Reglamento del Registro de Publicidad -publicado por Orden Ministerial - que autorice tal restricción y menos con las consecuencias que se desprenden del artículo 4º de la Orden que se comenta. Cuando el Estatuto se refiere a medio de difusión en modo alguno puede entenderse como medio de comunicación social. De finiendo como define la publicidad en su artículo 1º, de una interpretación sistemática se deduce, como ya se señaló, la anterior consecuencia. Pero es que, además, si la Orden pretendiera apoyarse en que cuando la Ley se refiere al medio éste lo es de comunicación de masas, habría que contestar que puesto que la Orden prevé actos publicitarios a través de otros medios, estaría en abierta oposición con la Ley, que sólo lo calificaría de publicidad la que se difundiese por un órgano de información.

No me cabe duda que cuanto el Reglamento

del Registro de Publicidad se refiere a medios de difusión no puede tener, ni tiene de hecho, otro alcance distinto al del Estatuto (cfr. arts. 8º, y 9º R.R.G.P.).

Por otra parte, éste mismo se refiere, simplemente, al medio -sin calificativo alguno- justamente en su artículo 15 que, seguramente, es el que ha provocado las Ordenes ministeriales de febrero de 1969. No creo que nadie pueda sostener que también en ese artículo 15 el medio es el de comunicación social. Lo que ese precepto intenta es sentar la base de una cierta disciplina subjetiva de los medios y para someterlos a ella, sienta el acertado principio de que los soportes se exploten en forma racionalizada para el mercado publicitario. Como se deduce de su letra, de su espíritu y de lo dispuesto en el artículo 19 del propio Estatuto.

Tan inconsistente resulta el criterio -la falta de criterio- de la Orden de 24 de febrero, mezclando en el concepto las circunstancias formales, que tres días después tiene que ser publicada otra Orden que intente salvar en parte sus funestos resultados. Porque, efectivamente, quedaban fuera del concepto del artículo 1º las empresas cuyo objeto es la explotación de la publicidad exterior. Teniendo en cuenta las consecuencias que se desprenden del artículo 4º, tales



empresas quedaban en condiciones insostenibles en el tráfico. Pero el remedio se intenta no por superación, sino incidiendo y, si cabe, profundizando en el error al volver a determinar la calificación de medio teniendo en cuenta la naturaleza de los soportes. Y, por eso, el artículo 1º de la segunda Orden viene a señalar cuáles son las formas que se reputan de publicidad exterior.

Ahora bien, como se ha dejado fuera del concepto de medio a los que no lo son de comunicación social, y como a los demás se les prohíbe la explotación de sus soportes, la nueva categoría de medio de publicidad exterior se muestra en contradicción con lo dispuesto en la primera de las Ordenes ministeriales. Veámoslo brevemente.

Publicidad exterior es la que se realiza difundiendo los mensajes, entre otras formas, a través de fachadas, columnas, en el centro urbano o en el campo, en el interior y exterior de vehículos de servicios públicos, en estaciones de ferrocarril, empresas de transporte, aeropuertos y puertos, instalaciones deportivas, plazas de toros, etc. Las empresas, asociaciones, clubs o entidades o personas y organismos concesionarias o propietarias o titulares de todos esos soportes, es claro que no los explotan como fin principal

de ellos mismos. Quedan, pues, comprendidas en el artículo 4º de la Orden de 24 de febrero. Según el cuál han de ceder la explotación a una agencia de exclusivas -la constituyan o no los propios titulares-. Sin embargo, los medios de publicidad exterior son los que explotan esos soportes a tenor del artículo 3º en relación con el 1º de la Orden de 27 de febrero. Pero, cómo llegan esos medios a disponer de la explotación?. La titularidad plena de los soportes no la tienen por definición. La titularidad publicitaria no la han podido adquirir porque los titulares han tenido que cederla a una agencia de exclusivas. Se podría decir que por eso la Orden de 27 de febrero habla de "propiedad" de los soportes (cfr. art. 3º). Seguramente, al dictar la disposición sus redactores tuvieron presente el modo como es habitual hoy comunicar el mensaje. Esto es a través de vallas o postes que se fijan en el verdadero soporte publicitario. En ese sentido sí cabe hablar de propiedad. Pero aparte de la minuciosidad que supone en el análisis casuístico, es de advertir que no resuelve nada. En primer lugar, por el dato real de que no todas las formas de publicidad exterior se reducen a los mensajes que se fijan a tales vallas. No es posible, por ejemplo, en el interior de autobuses. Por otro lado, porque, jurídicamente, lo que importa no es cómo se presenta el mensaje si

no dónde. No que exista una valla adosada a un muro o a una barandilla sino cómo se dispuso de ese muro o de esa barandilla para adosar la valla. En todos los supuestos se habra' podido disponer a virtud de una cesión de explotación publicitaria y esto es justamente lo que les está vedado a los titulares de soportes según el artículo 4º de la Orden de 24 de febrero puesto que sólo pueden cederla a una agencia de exclusivas. A no ser, claro está, que pretenda sostenerse que cuanto esa cesión se realice para colocar soportes propiedad del cesionario entonces puede ser éste un medio y no una agencia.

Si, realmente, lo que se pretendía con las Ordenes citadas era esclarecer y desarrollar la disciplina subjetiva que el Estatuto contiene, hay que reconocer que el meritorio esfuerzo dista de haberse coronado con éxito. Sin contar con que se ha rebasado amplísimamente el objetivo o el fin para invadir un terreno tan sumamente importante como es el de la contratación. Sobre cuyo tema se volverá oportunamente.

De la Orden de 24 de febrero se desprende, sin embargo, una importante consecuencia, la de que expresamente se consideran medios a los órganos de información de la Administración y del Movimiento. Si bien no se explica por qué se dejan fuera a otros Organos informativos de las Corpo

raciones o incluso de la Iglesia, etc. -creo que, desde luego, están incluidos-, no deja de ser importante que se recoja esta cuestión formulada en términos tan absolutos. Porque existen órganos de información de la Administración y del Movimiento que carecen de una personalidad propia y se gestionan por Organos de la Administración y del Movimiento.

Cierto que no me cabe duda de que tales órganos informativos, o mejor sus gestores, quedan sometidos en su actividad publicitaria al régimen general. De modo paralelo a cómo se vió con relación al anunciante. Pero ya resulta más discutible que pueda alcanzarles un régimen impuesto en consideración a aspectos subjetivos. Me parece que en este punto, son los administrativistas quienes pueden decir la última palabra. Bien es cierto que el régimen legal no impone obligaciones distintas a las de inscribirse en un Registro y obtener una licencia y que permite, en cambio, traer a los medios al seno de Organos tutelares de la actividad publicitaria. Pero en cualquier caso, desconociéndose el desarrollo que puede merecer el régimen subjetivo no creo que sea impertinente establecer un criterio seguro al que, desde luego, debería haberse atendido una Orden ministerial.

En definitiva, es mi opinión que no debe pre-

ocuparnos en exceso la existencia de las Ordenes ministeriales -que deberían ser derogadas cuanto antes, sin embargo, y que con base en la ley puede definirse el medio en sentido subjetivo como la persona que ostenta la titularidad para la explotación publicitaria de un soporte o medio en sentido objetivo. Sólo cuando esa explotación sea racionalizada, alcanzará al titular la disciplina que se impone a los sujetos de la actividad publicitaria.

B) La llamada "exclusiva de publicidad". - Vale dar aquí por reproducido cuanto se dijo más arriba en relación a la figura de igual denominación con referencia al anunciante. Por que también el artículo 15 del Estatuto de la Publicidad denomina "exclusiva" al "departamento de explotación publicitaria de los medios de difusión".

Es este un claro caso en que la ley se refiere al aspecto subjetivo o institucional del medio. Del contexto del precepto se deduce que la ley contempla el supuesto de una persona natural o jurídica que ostenta la titularidad sobre un soporte publicitario que le permite ponerlo a disposición de otros a sus fines de publicidad.

Por ello, precisamente, la expresión legal encierra ahora un sentido más apropiado que cuando la mis -

ma expresión se refiere al anunciante, porque ahora es claro que el soporte es susceptible de una explotación económica.

Pero la misma impropiedad y el mismo problema subsiste con relación a la utilización del término "departamento" y a la denominación de "exclusiva". Ni el departamento es susceptible de comportar significación jurídica alguna, ni la exclusiva se refiere tampoco a ninguna relación negocial.

La exclusiva de publicidad del medio se encuentra más justificada que la del anunciante. El interés de la Ley está en someter al medio a la disciplina reguladora del status personal o subjetivo que se consagra. Parecería que entonces hubiera sido suficiente referirla directamente al titular del bien o soporte que constituye el vehículo de la comunicación, sin necesidad de despedazar su personalidad imputando el "status" al "departamento de explotación publicitaria". Si, además, se pretendía individualizar cada uno de los soportes que puede de hecho explotar un mismo titular podría haberse conseguido exigiendo que en el Registro de la Publicidad se hiciera patente esa circunstancia.

Sin embargo, no parece gratuita la decisión del legislador. Porque faltando en el Estatuto un concepto unívoco de medio, por acoger la ley lo que ocurre en la realidad,

y mereciendo el calificativo de publicitarios los actos ejecutados a través de bienes cuyo titular no los explota como tales soportes (cfr. art. 19 E.P. además de desprenderse de todo el texto) -a los que se denominan medios (cfr. art. 15 E.P.)- se habría podido plantear la duda de si a cualquier titular de un soporte le sería aplicable la disciplina -la respuesta afirmativa podría encontrar base en el artículo 19 a sensu contrario-.

Las desproporcionadas consecuencias que hubieran podido obtenerse -en el campo sobre todo de la publicidad exterior-, quedaban eliminadas mediante la figura de la exclusiva que exige considerar una dedicación habitual a la explotación publicitaria.

Esas razones parecen diluirse desde que la Orden de 24 de febrero de 1969 define el medio desde el ángulo subjetivo adoptando aparentemente el sano criterio de la explotación racionalizada de los soportes. A partir de ese momento, ya no puede caber duda alguna sobre que el régimen legal referido a los sujetos sólo puede aplicarse a los titulares que explotan los soportes de modo habitual. Sin embargo, la citada Orden en el apartado b) de su artículo 2º continúa manteniendo la figura de la exclusiva de publicidad conectada al "departamento de explotación" del medio. Si la razón fuera el respeto a la norma jurídica de superior rango no sólo nada

habría que decir sino desear que el ejemplo se multiplicara.

Pero, como es sabido, la Orden de 24 de febrero no deduce el concepto de medio de la forma de actuación sino que ésta se convierte, en consecuencia, de un dogmático concepto de medio para el que no existe base alguna en la ley. Por el expediente de un concepto restrictivo se impide a verdaderos medios poder explotar racionalizadamente sus soportes publicitarios.

Pero la cuestión es todavía más importante. Anudando la capacidad de contratar con los anunciantes a la explotación habitual, al negarles la posibilidad de esta forma se deduce la consecuencia de que no pueden contratar directamente con los anunciantes (cfr. arts. 4º y 5º a sensu contrario de la Orden de 24 de febrero de 1969).

Tan desmesurada consecuencia no puede, en modo alguno, admitirse. Tendría que ser evidente, en primer lugar, que ya en la ley se conecta la capacidad de contratación con los anunciantes al concepto de exclusiva de publicidad, y después que el concepto de medio que se contiene en la Orden respeta en términos absolutos el que se contiene en la ley.

Ni una ni otra cosa ocurren. Lo segundo



creo que está suficientemente tratado a lo largo de estas páginas. Respecto a lo primero, aunque será objeto de análisis en otro lugar, cabe decir ahora que ni de la Ley se deduce la consecuencia ni en esto se separa el Estatuto del sistema y los principios que inspiran con carácter general el Ordenamiento positivo en estas materias.

La ley sólo atiende a establecer un régimen de carácter subjetivo que como tal se desenvuelve en obligaciones de orden administrativo. Pero sin trascendencia para la calificación de la naturaleza de los actos como publicitarios ni en la de las relaciones jurídicas en que intervengan los sujetos.

Que los actos no pierden su naturaleza publicitaria por no intervenir un medio institucionalizado, es algo que se deduce sin dificultad del artículo 1º del Estatuto y del concepto que de publicidad nos dá en el 2º, y que se reafirma en lo dispuesto en el artículo 15 in fine y en el 19 que a este respecto me parece indiscutible.

Que los titulares de soportes publicitarios pueden contratar directamente con los anunciantes no puede negarse con fundamento en un solo precepto legal. El artículo 16 del Estatuto que podría invocarse seguramente, se limita a

exigir a quienes quieran explotar aquellos soportes el cumplimiento de unos requisitos de índole administrativa. Pero ni todos los titulares deben cumplirlos ni a los que no los cumplan les alcanzan otras consecuencias que no sean, puramente, administrativas. Ello es, por lo demás, la regla general en este orden de cosas. Otra cosa es si los contratos que celebren los titulares no inscritos en el Registro de Publicidad son o no de la naturaleza del que se tipifica en el Estatuto como de difusión o de tarifa. Pero aunque se concluya que no lo es, no dejará de serlo por la carencia de requisitos de una parte sino en virtud de las normas propias que disciplinan ese tipo de contrato (3).

Que es así lo demuestra la necesidad que siente la misma Orden de 24 de febrero de excluir de la prohibición de contratar directamente con el anunciante la utilización de ciertos soportes (cfr. art. 5º O. 24 de febrero de 1969). Se dirá que, con ello, no hace sino respetarse lo dispuesto en el último párrafo del artículo 15 del Estatuto. En modo alguno. Se trata de dos cuestiones muy diversas que sólo se entremezclan en la Orden ministerial por haber partido del punto de vista erróneo que nos es conocido. En efecto, el artículo 15 se refiere no a la exclusiva de un medio sino al régimen aplicable a una agencia de publicidad cuando explote en exclusiva un soporte. Es

una exclusión a la regla contenida en el párrafo inmediatamente anterior del precepto que sólo se refiere al supuesto de la exclusiva en cuanto tiene consecuencias para la agencia de publicidad.

El artículo 5º de la tan citada Orden ministerial me parece que es suficiente para hacer ostensibles las paradojas de que justamente se excluye de la posibilidad de explotar habitualmente los soportes publicitarios a los titulares que podrían hacerlo dada la naturaleza de los mismos. Y a los que niega entrar en el concepto de medios reconociendo implícitamente que lo son al exigirles desenvolver su actividad publicitaria en una de las formas que sólo a los medios es posible, esto es, a través de agencias de exclusivas de medios.

La Orden ministerial -de la que es secuela la siguiente del 27 de febrero- establece dos clases o categorías de medios. Los que pueden contratar directamente con los anunciantes a través de la exclusiva de publicidad y los que no pueden hacerlo. El único criterio es el de ser o no medio informativo o de comunicación social.

El resultado por ser arbitrario, contrario a lo dispuesto en la ley y al sistema general de nuestro Ordenamiento no puede prevalecer.

No dudo que en el Estatuto mismo se encierra el peligro de que su desarrollo discurra por tales cauces. En primer lugar, por mostrar en bastantes ocasiones excesiva preocupación por la ordenación de las categorías profesionales. En segundo, por lo problemático que es un correcto entendimiento de lo que sea la exclusiva de publicidad. Ambos factores unidos, y sumados a que la Orden de 24 de febrero, al menos, ha sido fruto de una Ponencia en el seno del Sindicato de la Publicidad cuya propuesta se discutió en la Junta Central, pueden llevar a la errónea conclusión de que el Estatuto constituye el conjunto normativo de y para un orden profesional.

Pero esto, en modo alguno, es así. Si no bastaran todas las razones que se han expuesto, además de la pura lógica, creo que la Orden ministerial pone en evidencia que cuando se parte de tan equivocados criterios se desconocen los intereses de quienes no teniendo ningún carácter profesional en su actividad publicitaria, sin embargo intervienen en ella. En este caso, se trata de los titulares de soportes previstos en el artículo 4º de la Orden, en otros de los anunciantes y las más de las veces de la comunidad en general y de sus miembros en cuyo interés exclusivo nada más y nada menos se ha dictado una normativa con el rango de ley formal.

Aparte de este error de planteamiento, cuáles han podido ser las razones reales y de fondo que han influido para dictar las inaceptables Ordenes?. En mi opinión, se derivan directamente de aquél, no sólo de modo general sino muy concretamente por lo que más abajo se dirá. Porque es tema que se relaciona con la llamada agencia de exclusivas.

El artículo 15 del Estatuto, en su párrafo primero, define también las exclusivas de origen contractual relativas a los medios. También ahora cabe decir, al igual que cuando se analizó el tema en relación al anunciante, que la norma tiene un sentido más propio y coherente al utilizar el término "exclusiva" como pacto o cláusula que se inserta en un contrato celebrado entre el medio y otra persona, por virtud del cual esta parte asume la gestión de la explotación publicitaria del medio, con exclusión de cualquiera otra (4).

El estudio de esta figura debe incluirse en el análisis de los diversos tipos de Agencias de Publicidad, porque, como entonces se verá, el sistema impuesto por el artículo 15 ha sido completado por lo dispuesto en el Reglamento del Registro General, en cuya virtud la exclusiva de publicidad del medio de origen contractual ha merecido la definitiva denominación de Agencia de Publicidad de exclusivas, con lo que, en

realidad, la "exclusiva de publicidad" del medio queda reservada al supuesto del departamento de explotación publicitaria con que el medio cuente en el seno de su organización.

A partir de la Orden de 24 de febrero de 1969, los medios que se definen en su artículo 1º podrán ceder contractualmente la explotación de sus soportes a las agencias que se convertirán en agencias de publicidad de exclusivas. Llevado el general criterio de la Orden a sus últimas consecuencias, habría que sostener que tales medios deberían ceder contractualmente su explotación siempre que no contaran con departamentos propios. Sería una consecuencia muy de acuerdo con su propia lógica, pero me parece que muy en desacuerdo con la ley, de la que no cabe, en modo alguno, deducirla.

Pero resulta sorprendente que una figura como la agencia de publicidad de exclusivas -o exclusiva de publicidad de origen contractual en el Estatuto- que surge vinculada a la noción de medio, sea la que la Orden utiliza para colocarla de intermediaria entre quién no se considera medio y los anunciantes. Pero colocándola además con carácter forzoso (cfr. art. 4º O.M. 24 febrero 1969), de suerte que un anunciante no podría utilizar un soporte que no fuera órgano informativo si no

es contratando con una agencia de exclusivas. No es éste el momento de extenderse en considerar si la Orden ministerial se conforma al Decreto de 17 de noviembre de 1966 sobre disciplina del mercado (cfr. ap. 5 del art. 3º). Parece que, por lo menos, no responde a su espíritu.

Vuelve a surgir ahora el ya conocido problema que plantea la interpretación del artículo 12 del Estatuto en relación con el artículo 15 y ambos con los artículos 13 y 14 del Reglamento del Registro de Publicidad. A lo que se añade además la necesidad de considerar lo dispuesto en los artículos 3º y 4º de la Orden de 24 de febrero de 1969. Todos ellos se refieren a supuestos de participación de unos sujetos en los intereses de otros. Pero mientras el artículo 12 del Estatuto se limita a prohibir que los medios constituyan o participen en agencias y, recíprocamente, los artículos del texto reglamentario extienden la prohibición mutua y recíproca a todos los sujetos.

La norma del artículo 12 se completa con la del artículo 17 que impone a las agencias que adopten la forma anónima la necesidad de que sus acciones sean nominativas

Si referida la norma del artículo 12 a la agencia de que trata el artículo 11 puede tener alguna justificación (5)

me parece que no es así al ampliar su alcance como lo hace el Reglamento del Registro de la Publicidad.

Su artículo 14 contempla sólo como excepción a la prohibición general el propio departamento de explotación del medio. No pueden éstos entonces constituir ninguna otra exclusiva. Dejando ahora las de origen contractual, las exclusivas en las que se prohíbe intervenir a los medios son los departamentos de otro medio o de un anunciante. Y como el departamento, por definición, no consiente intervención alguna parece que un medio no podrá participar en los intereses de otro medio o en los de la persona anunciante. Consecuencia ésta totalmente absurda y por lo tanto rechazable. Que es solución además a la que hay que llegar por las dos razones fundamentales de que el texto reglamentario - publicado por Orden ministerial - no puede prevalecer contra el legal, y porque aquél amplía un precepto odioso de la ley que debe interpretarse restrictivamente.

Ahora bien, tan restrictiva ha de ser la interpretación que sólo se refiera la prohibición a las agencias de que trata el artículo 11?. El problema surge sobre todo porque el Estatuto desconoce las llamadas agencias de publicidad de exclusivas. A la función que cumplen sólo se refiere en el artículo 15 y hablando de exclusivas de publicidad de origen contractual. En este precepto la ley contempla el supuesto normal de que una agencia de publicidad ya constituida contrate con un medio la explotación de sus soportes. Ahora bien, ello supone que aquella agencia no podrá tener intereses en el medio ni éste participar en ella ni constituirlo. Parece por lo tanto que las agencias de publicidad de exclusivas sí quedan incursar en la prohibición del artículo 12 del Estatuto.

Ese mismo criterio inspira el artículo 3º de la Orden



de 24 de febrero de 1.969. Pero no lo mantiene en su artículo cuarto, en el que expresamente se autoriza que los titulares de soportes constituyan agencias de publicidad de exclusivas. Se puede argüir que por la ficción de no considerarles medios no quedan incursos en la prohibición.

Pero si no son medios no se entiende por qué tengan que contratar a través de una agencia de publicidad de exclusivas. Los que no lo son contratan directamente con el anunciante (cfr. art. quinto Orden de 24 de febrero de 1.969), sin olvidar que mal puede hablarse de la exclusiva de un medio si el medio no existe. Si la Orden responde en esta exigencia a lo que cree que dispone el artículo 15 del Estatuto tiene que reconocer que los titulares a que se refiere en su artículo 4 son medios porque en otro caso no les alcanzaría aquél precepto.

Y sin son medios, la autorización que concede la Orden Ministerial no puede prevalecer contra la prohibición del artículo 12 de la ley que en mi opinión, según el artículo 15, se extiende a las agencias de publicidad exclusivas.

C) Inscripción registral. Significado.-

También en relación con los medios son aplicables los artículos 16 y 17 del Estatuto de la Publicidad que -

prescriben la necesidad de proveerse de un título-licencia, dispensado por el Ministerio de Información y Turismo, y la de inscribirse en el Registro General de la Publicidad.

La primera cuestión que surge es la de si la solicitud de licencia y la inscripción es exigible en cuanto tal medio. Porque el artículo 16 de la Ley las impone a "las personas naturales o jurídicas que pretendán usar las denominaciones o ejercer las actividades publicitarias comprendidas en los artículos anteriores". Y en el artículo 12, como ya sabemos, integrante del mismo Capítulo I del Título III, expresamente se alude a los medios de publicidad. Parecería que esta expresa alusión comportaría considerar al medio como una especial categoría de "sujetos" a los que se refiere el artículo 16. Pero es de observar que la referencia genérica no comporta ninguna definición de lo que el medio sea ni delimitación alguna de la función publicitaria que cumple. Esta se conecta no al medio en sí sino a la llamada exclusiva de publicidad, sea o no de origen contractual, y, en este sentido, el sujeto de la actividad publicitaria no es el medio sino la exclusiva, de modo que las exigencias contenidas en el artículo 16, en cuanto al medio, no se refieren al sujeto que contempla el artículo 12 sino al que se considera en el artículo 15, que es el propiamente sujeto de la

actividad publicitaria. Por ello, el Reglamento del Registro al -  
tratar de los sujetos inscribibles deja fuera al medio en cuanto  
tal y se refiere a la exclusiva de publicidad, sea en sentido de  
"departamento de explotación" sea en el de lo que ese texto de-  
nomina Agencia de exclusivas (vide artículo 3 del Reglamento  
R.P.). Y es natural que así sea ya que, siendo medio en sen-  
tido subjetivo toda persona que tiene a su disposición un medio  
material u objetivo, la inscripción del medio en sí comportaría  
la inscripción de todas esas personas, para las que en la mayo-  
ría de los casos la disposición de sus soportes o vehículos a  
efectos publicitarios es algo completamente circunstancial y aje-  
no a la esfera de utilización del bien material mismo según su  
propia naturaleza. Por eso, el Reglamento del Registro de la  
Publicidad en su artículo 3 se refiere expresamente a que la  
obligatoriedad de la inscripción se impone a quién pretenda "ejer-  
cer actividades publicitarias en forma empresarial o profesional".  
Y aunque sea discutible que de un medio de publicidad pueda -  
decirse que explota o ejerce la actividad en forma empresarial,  
ha de entenderse ésta expresión en su sentido de aprovechamien-  
to institucionalizado de la publicidad, que se presumen cuando el  
medio en sentido subjetivo disponga de una organización adecua-  
da a ese aprovechamiento.

Ya se señaló más arriba que la Orden de 24 de febrero de 1.969 no ha venido a alterar la obligatoriedad de la inscripción referida no al medio sino a la exclusiva de publicidad.

Una vez excepción existe y es la relativa a los medios de publicidad exterior que, según el artículo 2 de la Orden de 27 de febrero de 1.969 han de solicitar la inscripción. Lo que significa una modificación notable del sistema del Registro (cfr. art. 31 del Reglamento) y desde luego una ampliación de lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto.

Pues bien si los medios como tales no tenían obligación alguna de inscribirse no creo que haya sido el sistema registral el que haya forzado a la clasificación contenida en la Orden de 24 de febrero de 1.969. Si los titulares de soportes -cualesquiera- los explotan en forma racionalizada se inscribirían como exclusivas de publicidad. En otro caso, no accederían al Registro.

Ahora bien, la referencia de la exigencia del artículo 16 a la exclusiva de publicidad sume en igual perplejidad que la ya manifestada al tratar de la exclusiva del anunciante. Y es que el artículo 17 del Estatuto resulta inaplicable en sus propios términos a la llamada exclusiva, de la que, por de-

finición, no es predicable una personalidad jurídica susceptible de soportar la atribución de una especial capacidad. También en esta ocasión es el artículo 22 del Reglamento del Registro quién salva el error legal, atribuyendo la capacidad e incluso la legitimación para la solicitud de la licencia y la inscripción a la persona titular de la llamada exclusiva de publicidad.

En relación con ésto ya se señaló mas arriba que la categorización del artículo 1 de la Orden de 24 de febrero de 1.969 hace que los Organos de la Administración y del Movimiento -los gestores de los órganos informativos- deban inscribirse en el Registro de la Publicidad.

Imponer la obligación de inscripción a las exclusivas de publicidad supone que accedan al Registro los medios de comunicación social que se exploten publicitariamente. Resulta entonces que los titulares de medios de prensa, radio y televisión vienen obligados a inscribirse en un Registro bajo la custodia del Ministerio de Información y Turismo, cuando , dejando al margen la televisión, por la determinación de su objeto propio están igualmente sometidas a la obligatoriedad de inscribirse en otro Registro, también bajo la custodia del mismo Departamento Ministerial. Así , por lo que respecta a las empresas periodísticas según se desprende del artículo 26 de la Ley de 18 de marzo de 1.966; y

en relación a las empresas de radiodifusión, según el artículo 6 del Decreto de 9 de julio de 1,954, y finalmente, la Orden de 19 de agosto de 1.964, en su artículo 55, extiende el Registro de Productoras, creado por Orden de 5 de diciembre de 1.966 "a las demás empresas cinematográficas de distribución, exhibición, laboratorios, estudios de rodaje y estudios de doblaje".

La razón de esta duplicidad de inscripciones en Registros dependientes del mismo Organismo ministerial -con independencia de los aspectos que presenta de ausencia de racionalización administrativa- sólo puede venir dada en base a un doble criterio.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto, el artículo 18 del Reglamento del Registro, señala la obligatoriedad de inscripción de las tarifas y condiciones generales de contratación de los medios. Parece entonces lógico que por el principio de tracto sucesivo, sea necesario contar previamente con la inscripción del medio al que las tarifas se refieren.

Por otro lado, intentando el Estatuto erigirse en el germen de una organización profesional del quehacer de los entes que intermedian en la instrumentación publicitaria, parece -también que la constancia de los medios en el Registro puede i su-

poner un válido cauce para la selección representativa de su sector en los Organos a que se confía la ordenación de la actividad publicitaria en su aspecto subjetivo o profesional. Y, con relación a los medios sí se encuentra esta significación por cuanto que el artículo 60 del Estatuto les da una participación efectiva en la -- Junta Central que establece. Pero esta posible finalidad queda un tanto desvaída en la contemplación del artículo 4, apartado 2, letra a) de la Orden de 7 de abril de 1.965, por lo que se reglamenta la Junta. Porque este artículo al tratar de su composición establece que la representación de los medios en su seno se encauzará a través de la Organización Sindical y según el simple dato de hecho de ser "utilizados en España".

Y este artículo 4º citado contiene en los mismos apartados y letra un elemento de confusión en el sistema de los medios publicitarios, yá, por lo demás, bastante confuso. Porque considera como medio de publicidad a la televisión, cuando en la realidad tal medio actuaba entonces en la publicidad a través de la figura de la agencia de exclusivas. Por ello parece que se refuerza la teoría de que son dos supuestos independientes absolutamente el hecho de la inscripción y el hecho de la participación en la Junta Central de Publicidad. Porque si para la primera se restringe el alcance a las llamadas exclusivas, parece que, a tenor

de la Orden de 7 de Abril de 1965, en la Junta son los medios en cuanto tales y prescindiendo de su especial forma de actuación de los que pueden obtener una representación. Con lo que la inscripción en el Registro no implica un cauce selectivo para la representación de intereses.

D) El "espacio" publicitario. - No quedaría completo el análisis del medio de publicidad en cuanto soporte de la ejecución del acto publicitario si dejase de referirme al "espacio" de publicidad.

Dentro de la consideración del medio desde el aspecto material u objetivo, se encuadra el "espacio" como parcela de aquél que, efectivamente, soporta el mensaje de publicidad. Frente al periódico o revista, programa de radio o de televisión, pantalla cinematográfica o bien material en general susceptible de transmitir el mensaje, está la porción de éste que, efectivamente, es utilizado a ese fin.

Aun cuando la significación primaria del "espacio" se conecta a la instrumentación técnica del acto de publicidad, no por ello deja de tener una innegable relevancia jurídica. Porque, dividido, idealmente, el soporte en tantos "espacios" cuantos mensajes, cabe que la efectiva división implique una modalidad del acto de publicidad o de la actuación del medio que



caiga en los supuestos contemplados en la especial disciplina jurídica del acto de publicidad en sí, por lo que la noción del "espacio" jugará papel importante en la interpretación del acto desde los llamados "principios de la publicidad".

## **II - LA INSTRUMENTACION TECNICA DEL ACTO. LA AGENCIA DE PUBLICIDAD**

La ejecución del acto de publicidad supone en nuestros días, por los avances de la aplicación de las técnicas de penetración psicológica y suasoria en general, una compleja instrumentación que exige el manejo de esas técnicas por parte de verdaderos expertos o especialistas. Al conjunto organizado de los elementos humanos y materiales que se destinan unitariamente a la aplicación de tales técnicas para la ejecución de un acto de publicidad, es a lo que se aplica la denominación de Agencia de Publicidad.

Pero la Agencia publicitaria no siempre ha sido lo que aquí se señala. Este es el punto actual de una evolución del concepto y de la función efectivamente desempeñada en el tráfico.

Históricamente, la Agencia de Publicidad no cumple sino una función de mediación en la conclusión de los contratos, entre el anunciante y el medio, que tenían por fin la

divulgación del mensaje publicitario (6). La Agencia de Publicidad, en sus orígenes, es quien se encarga de colocar entre los anunciantes los espacios publicitarios de los medios, y puesto que su función se desarrolla en su interés, perciben de ellos la retribución, mediante unos porcentajes en el volumen de la contratación de los espacios en que hubieren mediado.

Pero de esta concepción de la agencia de publicidad se llega a la vigente en nuestros días en la que ya sus funciones se dibujan como de servicios que prestan a los anunciantes en la instrumentación técnica de sus actos de publicidad. De hecho, el mayor volumen de éstos se realiza mediante la intervención, en algún modo, de las agencias. Así, pues, la consideración que hoy día merecen, es la de entes especializados en la instrumentación técnica de los actos de publicidad en interés de otros. Y, en realidad, su actividad se configura como de verdadera colaboración con el anunciante en la promoción de su actividad principal. (7).

Tres son, en realidad, las notas características de estos entes. La primera, la de constituir una compleja organización de medios humanos y materiales indispensables a la instrumentación del acto publicitario. La segunda, es la de que el objeto de tal organización viene constituido por la instru

mentación de los actos en interés ajeno. Y, la tercera, en conexión con las anteriores, que a la instrumentación de los actos se dedican de modo habitual, obteniendo de esa actividad un lucro.

Conviene a esos entes la noción de organización empresarial. Y, por lo tanto, son ellos mismos empresarios (8), que practican su actividad en el mercado de los servicios que los anunciantes demandan para la instrumentación de su publicidad. Este dato de su organización en empresa elimina en principio el relieve que la nota de profesionalidad alcanza en relación al ejercicio del comercio para adquirir y disfrutar el status de comerciante. Porque los aspectos subjetivos a que indiscutiblemente se conecta el concepto de profesión, quedan, precisamente, desdibujados ante el valor objetivo de una determinada y peculiar organización (9).

Cuando en la ley se hace insistente referencia al carácter profesional de las agencias (cfr. arts. 11 y 14 E. P. y, singularmente, el Reglamento del Registro al definir cada uno de los tipos. arts. 4º a 8º parece que sólo puede obedecer a una de estas dos causas. O bien al equivocado criterio de no advertir la primacia del dato objetivo de la organización suficientemente cualificador, o bien a que la ley aplica el con -

cepto de profesión a la actividad en concreto que el empresario ejerce a través de su organización empresarial. Lo profesional entonces no sería la habitualidad del ejercicio público del comercio de modo principal con el propósito de obtener los recursos económicos para la propia subsistencia, porque ello queda incluido por definición en el ejercicio en empresa. Se descartaría la cualificación específica de la tarea o servicios que se cumplen. Y se podría ver en la ley la configuración de la agencia como empresa de servicios profesionales.

Creo que esto es lo más seguro. Porque precisamente lo que la ley persigue es sentar las bases de una regulación profesional sobre los fundamentos que presta la peculiar y específica actividad que de hecho cumple cada agencia. Es con relación a las agencias cuando cobra pleno sentido la intención legal. Porque así como ni el ser anunciante ni el ser medio comportan cualificación profesional alguna, las agencias sí permiten una reglamentación corporativa que, necesariamente, presupone que la profesión sea organizada.

De suerte que, en cuanto empresario, la agencia de publicidad quedaría sometida al régimen que les fuera peculiar si es que, realmente, existiera. Pero no siendo así, es necesario reconocer que o bien por ejercer su actividad en el

tráfico y para el tráfico patrimonial se les reconoce la cualidad de comerciante por lo que el artículo 17 del Estatuto les exige la capacidad para el ejercicio del comercio, o bien se les aplica el régimen de los comerciantes porque la ley les dá ese tratamiento al exigirles la misma capacidad que a ellos. En todo caso, el resultado es único: que las agencias de publicidad quedan sometidas al régimen estatutario de los comerciantes.

Pero, además, la organización de la profesión publicitaria implica que a las agencias se aplique un peculiar régimen corporativo.

Ahora bien, el establecimiento de una reglamentación profesional puede venir por un cauce meramente privado de las organizaciones que instauren los pertenecientes al orden o categoría profesional o puede venir por la vía de una imposición obligatoria desde el Poder público.

En el primer caso, estaremos en presencia de un orden jurídico-privado que vincula a sus miembros adscritos voluntariamente y dentro de los límites del contenido obligatorio que caracteriza a las decisiones. Y siempre será posible la denuncia de un abuso de derecho.

Mientras que si la reglamentación se impone

como obligatoria a los pertenecientes al orden profesional -bien por habersele confiado la potestad reglamentaria desde el Poder público o bien porque la ejerce éste directamente-se estará en el supuesto de la reglamentación corporativa (10).

No hay que decir que si ésta segunda fué la solución adoptada generalmente en la época de mayor exaltación de los regímenes corporativos, su abandono supuso el del sistema (11). Y es que, como se ha afirmado, "está por demostrar que el Estado moderno sea capaz de tener una doctrina económica que concilie la libertad con el orden profesional" (12).

Cosa distinta al régimen corporativo es que la Administración, en el cumplimiento de sus específicas funciones de policía y fomento - cada día más ampliadas por la complejidad de la vida real moderna - actúe una "función de control" de actividades privadas, que "comprende todos los procedimientos preventivos necesarios, de consentimiento de la Administración para que un particular pueda desarrollar una actividad determinada a la que, en principio, está legitimado" (13).

La potestad autorizante se conecta al ensanchamiento del viejo poder de policía. Pero obviamente también implica un principio de fomento en la organización profesional, en cuanto

que la declaración de voluntad por la que la Administración permite que un sujeto ejercite un poder propio, supone ya la incorporación de ese sujeto a la categoría de los que lo ejercen.

En principio, pues, el régimen de autorización previsto en el Estatuto no tiene por qué suponer sin más la organización de un régimen corporativo para las agencias de publicidad (14).

Me parece que se advierte con claridad que son dos cosas muy diversas la potestad autorizante y la reglamentación corporativa. Ciertamente que la autorización consiente la organización de la profesión. Pero no significa necesariamente ni que se delegue potestad reglamentaria a los órganos de la categoría profesional ni que se actúe por la misma Administración.

Incluso la norma contenida en el artículo 5º del Estatuto al reconocer al Ministerio de Información y Turismo la potestad reglamentaria en orden a "la regulación de las condiciones necesarias para (el) ejercicio" (de la actividad publicitaria). No significa que pueda ejercerse fuera de los límites de esa "función de control" que se desprende de la ley y que se coherente con el general sistema vigente en España.

Sin embargo, hay que reconocer que el Estatuto no se limita a atribuir a la Administración una simple "función de

control". Porque la ordenación profesional le permite el establecimiento de unos órganos de naturaleza administrativa - la Junta Central y el Jurado - que inciden directamente en la actividad publicitaria. Pero, no obstante, en esta materia creo que es imprescindible distinguir cuidadosamente los dos aspectos que se vienen señalando.

El evidente peligro de no diferenciar con esmero entre disciplina de la actividad publicitaria stricto sensu - declaración al público - y la propia de los que instrumentan esas declaraciones - "sujetos de la actividad" - , consiente que al amparo de un régimen administrativo para actuar aquella disciplina , se dé entrada a una potestad reglamentaria de la actuación de los sujetos en el tráfico.

La Junta Central y el Jurado de Publicidad se conciben en el Estatuto como órganos directamente dirigidos a una aplicación administrativa de la disciplina que se impone a la publicidad en cuanto comunicación al público. Dentro del otro sector señalado ambos órganos cumplen también una evidente función. De un lado, porque aquella disciplina efectivamente se aplica a los "sujetos" de la actividad - anunciantes, agencias y medios - en un doble sentido. Porque son ellos los que soportan las consecuencias sancionadoras de la disciplina. Y porque también a las agencias y a los medios les alcanzan en su actuación



especifica los "principios" que la ley impone.

Por otro lado, reservada la competencia administrativa al Ministerio de Información y Turismo, son la Junta y el Jurado los órganos a través de los cuales se ejercita la función administrativa. Pero siempre dentro de los límites señalados por la ley.

Creo que en este último sentido, tanto la Junta como el Jurado - dada su peculiar naturaleza y composición - constituyen órganos por los que se cumple una cierta función arbitral por parte de la Administración en las decisiones que los órganos privados de las categorías profesionales adoptaran en su caso. Quiere decirse entonces que no se constituyen unos órganos a los que compete una potestad reglamentaria o corporativa de los sujetos, sino justamente un cierto freno o control de las decisiones corporativas que pudieran adoptarse en el seno privado y particular de los órganos de las categorías profesionales. Control que se garantiza por la representación de la Administración en la Junta y en el Jurado y por constituirse éstos en Organos de esa misma Administración no para aplicar unas normas desde criterios profesionales sino desde los principios del general interés ó interés colectivo que por definición tutela la Administración Pública (15).

Sólo así puede concebirse, a mi juicio, el sis-

tema que el Estatuto establec. Sin olvidar, sin embargo, el riesgo - desgraciadamente creo que en buena parte ya actuado - de que no sea comprendido así y que por lo tanto se olvide la auténtica eficacia del sistema mismo.

Todo lo que sea querer descubrir en la normativa legal el principio de una eficacia general ordenadora de la ejecución de la publicidad desde criterios corporativos o profesionales, parece además de contradictorio con el sistema jurídico vigente, una interpretación desorbitada de la misma ley.

De esta consideración derivan dos consecuencias, a mi juicio, igualmente importantes.

La primera de ellas que la intervención de uno de los entes profesionales que la ley contempla no es en modo alguno necesaria para la calificación de la naturaleza del acto ni por consiguiente para su sometimiento a la especial disciplina que el Estatuto establece. La segunda, que la naturaleza de los actos pertenecientes a la materia publicitaria no se altera por el hecho de haberse ejecutado con violación de las normas de la regulación profesional.

En ningún momento la ley establece la obligatoriedad de la intervención de ninguno de los sujetos profesionalizados para la instrumentación de un acto de publicidad. Este será tal acto en todo caso por consideración a su intrínseca

naturaleza según se desprende del concepto que de él formula la ley. Y es más, existen preceptos que no pueden dejar duda alguna sobre este punto. En especial, los artículos 19 y los que se refieren al contrato llamado de tarifa. El artículo 19, como es sabido, no sustrae al acto publicitario del anunciante sobre los "bienes que posea" de la aplicación de las normas legales, sino como es obvio, de las que disciplinan precisamente la regulación profesional. Y el Estatuto al contemplar el contrato de tarifa prevé la posibilidad de que se establezca directamente entre el anunciante y el medio (cfr. 43).

La segunda de las consecuencias apuntadas merece una mayor precisión. Quiere significarse que la intervención en la instrumentación del acto de publicidad de alguien ajeno al anunciante pero que sin embargo no cumpía con los requisitos subjetivos que la ley señala de previa autorización o de inscripción en el Registro no altera la naturaleza del acto, ni tampoco, por consiguiente, la naturaleza de la relación jurídica en virtud de la cual esa persona ajena al anunciante lo instrumentó para él. Siendo un verdadero y propio acto de publicidad, el contrato suscrito entre el anunciante y quién lo instrumentó es un contrato de publicidad.

La eficacia ordenadora de la normativa que regula la categoría profesional se reduce al ámbito interno de los pertenecientes a la categoría, con independencia de que la sanción en su

caso devenga de la privada regulación del orden profesional o de la norma que otorga tal facultad a algún Órgano de la Pública Administración. En cualquiera de los casos, la sanción se desenvuelve por su propio cauce administrativo sin alterar la naturaleza de la relación jurídica ni la del acto de publicidad ejecutado.

El Estatuto de la Publicidad no es un derecho profesional aunque sí contiene las bases para una regulación de las categorías profesionales que se descubren en la actividad publicitaria, constituyendo aquéllas un conjunto normativo que se inserta, en cuanto a su significación y alcance, en el sistema general que inspira también en nuestro Ordenamiento otros conjuntos de normas aplicables a otros órdenes profesionales.

Examinadas estas nociones preliminares en torno a las Agencias de Publicidad, se hace preciso entrar en el examen particular de los tipos de Agencia del sistema vigente así como de su naturaleza y de sus funciones.

#### A) Requisitos. -

Dentro del Capítulo I del Título III del Estatuto de la Publicidad, los artículos 11, 12, 14 y 15 se refieren expresamente a las agencias de publicidad. Del sistema de los

artículos 11, 14 y 15 se deduce que la ley establece una cierta diferenciación entre las agencias en base a la efectiva función que desempeñan en la instrumentación y ejecución del acto de publicidad, pudiendo hablarse de una verdadera tipología legal.

La primera cuestión en torno a esta tipología se presenta al intentar descubrir su fundamento.

El Subsecretario de Información y Turismo en su Discurso de defensa del Proyecto ante las Cortes en Pleno, fundamenta la diferenciación en el "intento de evitar la existencia de supuestos híbridos ó mixtos, que, inevitablemente, planteaban problemas de competencia desleal". Tal afirmación, puesta sobre todo en relación con el párrafo del Discurso que la continúa, parece que puede justificar la prohibición contenida en el artículo 12 del Estatuto, pero ya no tanto la diferenciación entre tipos de agencias. En realidad entre la Agencia de Publicidad prevista en el artículo 11 del Estatuto y el llamado Estudio de Publicidad contemplado en el artículo 14, no hay sino una diferencia de grado. Y aparentemente no hay razón alguna para que el legislador haya establecido una tajante diferenciación entre uno y otro supuesto.

Pero al referirnos a la tipología de las Agencias de Publicidad es necesario tener en cuenta que el Reglamento del Registro de la Publicidad ha venido a atomizar más todavía los

tipos que pueden darse en la realidad. Y lo que para la ley son dos, prescindiendo de la exclusiva de publicidad de origen contractual prevista en el artículo 15 - que no es sino una agencia que ha contratado en forma peculiar con un medio - para el Reglamento del Registro se convierten en cinco diversos tipos de agencias.

Lo verdaderamente definitorio y común a todos es su intervención en la instrumentación o en la ejecución del acto publicitario. En la instrumentación la agencia interviene mediante la elaboración del mensaje publicitario y en la determinación de los medios a utilizar de acuerdo con la seleccionada forma del acto. En la ejecución del acto mismo, la agencia interviene mediante la conclusión de los contratos que le dan existencia. Pero lo más frecuente será que la agencia participe tanto en la instrumentación como en la ejecución. Pues bien, la ley en sus dos tipos, contemplaba el supuesto normal de intervención tanto en la instrumentación como en la ejecución del acto - era la agencia a que se refiere el artículo 11, y el supuesto de que la intervención se redujera a la instrumentación - era el llamado Estudio en el artículo 14.

También en los cinco tipos configurados en el Reglamento del Registro es posible reconocer este criterio funcional de diferenciación, solamente que más atomizado y descen

diendo a un casuismo que hunde sus raíces en un simple y puro dato de hecho cuál es el de la organización interna de medios humanos y materiales con que cuenten. En base a los cuales se establece una limitación de funciones, ó la posibilidad de ejercerlas en su total amplitud.

Porque la consecuencia de la diversidad de tipos es la de establecer una diversidad de funciones entre las agencias que se reconducen a uno o a otro.

A todos los cinco tipos previstos en el Reglamento del Registro les atribuye sin embargo ese texto las notas de a) profesionalidad, y b) actuar por cuenta ajena. Junto a estos caracteres, del sistema legal derivan unos requisitos que con carácter general conviene a todos los tipos de agencia.

Respecto a la profesionalidad ya se ha tenido ocasión de hablar más arriba.

El actuar por cuenta ajena es una nota de plena significación jurídica, siempre desde luego que la refiramos al hacer frente a terceros, que es lo que constituye la interposición en los negocios de otro. Pero cuando la ley y el Reglamento recogen la expresión "por cuenta de terceros" están muy lejos de su sentido técnico. Porque lo refieren no a un actuar frente a terceros sino al actuar de la agencia de cara a la otra parte

en el contrato. En estas ocasiones no se puede hablar en sentido propio de actuación por cuenta de terceros. Pero prescindiendo de esta impropiedad expresiva lo que la ley y el Reglamento quieren significar es que el acto que se instrumenta o ejecuta por la agencia es un acto que interesa o beneficia a otro. Y este otro en cuyo interés se instrumenta el acto es el anunciante, con lo que se evidencia la superación del viejo concepto de agencia que se vinculaba a la organización del medio para la colocación de sus espacios de publicidad.

Sólo hay un caso en que la agencia no actúa en interés del anunciante sino de otra agencia, es el supuesto de la agencia de distribución a medios, de la que más abajo me ocuparé.

Todos los tipos precisan para poder ejercer válidamente sus funciones la "debida autorización" que se concreta en el título licencia de que habla el artículo 16 del Estatuto. Y que dispensa el Ministerio de Información y Turismo.

Desde un punto de vista administratista acaso no resulte apropiado referir la autorización a una licencia. Puesto que la doctrina reconoce una neta diferenciación entre ambas figuras, incluso tomada del derecho privado (16). Cuando la ley se refiere a licencia ha de entenderse en sentido vulgar como título que acredita la autorización.



Ahora bien, más importancia tendría averiguar si la expedición del título - licencia comporta o nó un acto habilitante ó supone una autorización genérica, en el supuesto de que se admitiera la sustancial diferencia por razón del carácter constitutivo del primero frente al de simple remoción de límites al ejercicio de un derecho subjetivo preexistente en el caso de la autorización genérica (17).

Prescindiendo de las cuestiones dogmáticas que corresponden a los cultivadores del Derecho administrativo, es lo cierto que del contexto de la ley se deducen dos consecuencias trascendentales. La primera que a la Administración corresponde reconocer la idoneidad de quién solicita la autorización para el ejercicio de la actividad en virtud de que se cumplan determinados requisitos. La segunda consecuencia es la de que la declaración administrativa comporta la sujeción de las actividades futuras a una disciplina administrativa incluyendo a los sujetos autorizados en un status que se somete a una regulación estatutaria (18).

Existe, pues, en primer lugar, una actividad de calificación por parte de la Administración. Pero en este punto es menester tener en cuenta que la idoneidad o cumplimiento de requisitos se ha objetivado puesto que se trata de una organización en empresa. De suerte que la calificación mira a un doble frente.

De un lado a la disponibilidad de medios organizados que se estiman suficientes. De otro a la vertiente documental o de requisitos formales.

La primera se advierte que se trata de la calificación de unos hechos. Y se confía el Reglamento del Registro de Publicidad al Sindicato nacional correspondiente y - en la parte de plantilla de personal - a la Delegación Provincial de Trabajo (arts. 20 y 21 Rto. R.P.). En cuanto al resto, la calificación corresponde al Ministerio de Información y Turismo, que naturalmente tendrá en cuenta los hechos acreditados por los otros Organismos citados.

Esta función calificadora es desde luego reglada y no discrecional. Y el Ministerio no tendrá función alguna relativa a investigar o ponderar el posible perjuicio de otros particulares intereses. En cuanto que no hay régimen alguno de exclusivismo o privilegio.

La calificación produce el efecto de la inscripción en el Registro General de la Publicidad que supone un acto de admisión en la categoría profesional.

Nada previene sin embargo la ley sobre la posibilidad de una denuncia por quién se considere lesionado por una inscripción practicada. Creo que puesto que al Ministerio de Información y Turismo corresponde el control y vigilancia del desarrollo

de la actividad, es perfectamente concebible una denuncia pública.

Pero apoyándose la calificación registral en parte en la constatación o verificación del hecho de la organización del solicitante, puede pensarse en una alteración de circunstancias que sirvieron a la calificación. Nada previenen ni la ley ni el Reglamento en este punto. Sólo el artículo 24 de este texto impone al sujeto inscrito la obligación de comunicar, a efectos de la debida anotación en el Registro, "cualquier modificación jurídica que experimente". Pero nótese que no puede acoger la norma las modificaciones de puro hecho.

Sólo una de éstas se contempla en el artículo 25 del Reglamento y es la relativa a la cesación de actividades y la extinción de los sujetos inscritos. Claro es que es muy difícil determinar cuándo efectivamente se haya producido la modificación de los hechos que determinaron la calificación. No sería posible realmente sostener que una mera situación provocada por un cambio en el personal de la empresa suponga una modificación de las circunstancias que exigieran una revisión de la calificación. Cuál sea el punto en que es posible afirmar que existe una modificación de los hechos es difícil de determinar, y máxime en una actividad como la publicitaria que se caracteriza por la poca fijeza del personal a las empresas en que prestan sus servicios. Pero al mismo tiempo por la importancia que ese personal tiene.

También en este punto se manifiestan las dificultades que derivan de pretender extraer consecuencias jurídicas de un determinado tipo de organización y disposición de los medios en su seno, que por ser sumamente inconsistentes y problemáticos es algo de lo que, en mi opinión, el legislador debió huir. La única salida la brinda la competencia que en materia de inspección corresponde al Ministerio de Información y Turismo.

Resulta fatigoso y desagradable al intérprete tener que denunciar un nuevo error del legislador en que, sin duda, incurre por la escasa depuración de que se resiente hoy día la técnica de la confección de las leyes. Se trata de que el Reglamento del Registro en los artículos que consagra a la definición de los sujetos de la actividad publicitaria habla en todos ellos de la necesidad de la debida autorización. Y así dice que se denominarán ... "a efectos de su inscripción en el registro" las empresas que ... "con la debida autorización" ... Y esta expresión se repite en la definición de todos y cada uno de los sujetos. Pero del artículo 30 del Reglamento se desprende que la inscripción en el Registro es previa, y mejor aún, presupuesto, de la solicitud de la licencia que dispensa el Ministerio de Información y Turismo, con lo que "a efectos de la inscripción" no puede contarse con la "debida autorización". Si se quiere, el error

carece de verdadera trascendencia, pero no resisto a la denuncia del mismo como muestra de la exigencia de que la redacción y elaboración de las normas jurídicas estén presididas por el máximo rigor.

Para VILLAR PALASI la creación de títulos de potestad administrativa, en su heterogeneidad, llega a una conclusión positiva común que es "la aplicación penal de la figura de delito de intrusismo" (19).

Esta figura delictiva, recogida en el artículo 321 del Código Penal constituye, según tiene sentado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, uno de los tipos de falsedad personal en que el bien jurídico protegido no es el particular de los demás profesionales sino el público de proteger la buena fé de todos cuantos abandonan sus intereses relevantes para ellos y trascendentes para la sociedad en manos de quienes hacen ostentación de un título que habilita a quién legítimamente lo posee para el ejercicio de funciones de asistencia privada. Doctrina reiterada por la Sala 2ª del Alto Tribunal especialmente en la de 26 de Mayo de 1.965, pero en la que ya se amplía en consideración a la modificación introducida por la revisión del Código en 1.963, afirmándose en ella que el artículo 321 protege un doble orden jurídico: el colectivo, garantizado por la formación profe

sional para que los servicios sean rendidos con probada capacidad, y el individual a fin de que los titulados oficialmente reciban los beneficios de su esfuerzo, y tanto uno como otro resultan lesionados por el intrusismo. Sin que sea necesario habitualidad ni atribución de la cualidad del título, sino que es suficiente la realización del acto (20).

Desde el punto de vista administrativo la consecuencia que deriva de la profesionalización de una actividad mediante la exigencia de una autorización es la de la declaración de clandestinidad de la actividad ejercida sin aquélla.

Puesto que en materia administrativa, análogamente a la penal, como tiene sancionado el Tribunal Supremo rige el principio de legalidad (21), es necesario cuestionarse sobre la sanción que el Estatuto prevé para el caso de un ejercicio clandestino de la actividad publicitaria.

Dos normas tienen significación a este respecto. De un lado, el artículo 5º declara la competencia del Ministerio de Información y Turismo en "la ordenación e inspección de la actividad publicitaria, así como la regulación de las condiciones necesarias para su ejercicio". Se advierte que en este precepto no se contiene ni una delimitación material de ningún hecho sancionable ni la determinación de sanción alguna. Se trata simplemente de una norma tendente a establecer la

competencia administrativa en la materia.

Pero en el Estatuto encontramos además el artículo 63 - incluido en el Título VI destinado a "la Jurisdicción" - en el que se contempla la actividad sancionadora de la Administración en materia publicitaria e incluso se determina la sanción consistente en multa. Según este precepto - "corresponde al Ministerio de Información y Turismo la corrección y sanción gubernativa de las infracciones ... en el ejercicio de las actividades publicitarias, de conformidad con los principios establecidos en esta ley y en las normas reglamentarias de desarrollo de la misma". El último inciso transcrito indica que se refiere no al cómo se desarrolla la actividad sancionadora sino al cuándo procederá la sanción. La expresa referencia a los "principios" que tienen un significado muy concreto en la ley - a ellos se destina el Título II - debe llevar a la conclusión de que el artículo 63 del Estatuto declara sancionables las conductas que sean contrarias a los "principios" de la publicidad que presiden toda la actividad en esta materia y por lo tanto también su ejercicio por parte de los sujetos que el Estatuto contempla.

Si puede sostenerse que el ejercicio clandestino es contrario a los principios de la publicidad, se tendrán cumplidos los dos requisitos que el principio de legalidad comporta.

La declaración de que la conducta es sancionable y la determinación de la sanción.

Advierte desde ahora sobre el peligro que existe de considerar el ejercicio clandestino de la actividad publicitaria como un supuesto de competencia desleal. Seguramente ello se vería potenciado a la vista de algunas expresiones recogidas en el discurso de la Ponencia en defensa del Proyecto ante el Pleno de Cortes que se han citado aquí. Pero tales expresiones sólo pueden referirse a supuestos de la actividad no ejercida clandestinamente.

No es posible aceptar sin más que el ejercicio clandestino de una actividad económica para el mercado suponga un supuesto de competencia desleal.

La fundamentación de un régimen aplicable al ejercicio de una actividad, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se encuentra en la tutela de un público interés en la protección de la buena fé de quién deposita sus intereses en manos de quién no está capacitado técnicamente para su mejor defensa, y también en el interés de los pertenecientes a la categoría profesional en recibir el beneficio de su esfuerzo. Pero la tutela que se dispensa por el cauce de la disciplina de la competencia desleal amplía su alcance material a todos los su



puestos en ella contemplados por el simple dato de actuarse se gún una modalidad considerada desleal. Del mismo modo que el cumplimiento fiel de todos los requisitos administrativos no impide que el ejercicio de la actividad pueda ser reprimido por - otras causas - entre ellas la deslealtad - , el no cumplimiento de aquéllos no comporta la calificación del ejercicio como desleal sino cuando se da el supuesto previsto en la disciplina que le es propia. De aceptar la tesis de que la clandestinidad es un supuesto de deslealtad, llevándola a sus últimas consecuencias debería considerarse tal todo supuesto de ejercicio de una actividad en contra de requisitos o sin cumplir las obligaciones impuuestas no en vistas a la tutela de la competencia sino en base a otros principios, como pueden ser las obligaciones fiscales o la exigencia de una licencia de apertura por razones de policía municipal o laboral. De suerte que aún cuando en la tutela a los pertenecientes a la categoría profesional pudiera verse una base a la consideración de la deslealtad, no lo será si nó ~~se~~ se re conduce el ejercicio clandestino a alguno de los supuestos que la configuran. Ni la confusión, ni la denigración parecen el marco adecuado. Y no se diga que cabría en la cláusula general de disconformidad con la corrección profesional puesto que, por definición, en los supuestos de clandestinidad lo que está ausente precisamente es la consideración profesional de quién ejerce la

actividad. Pero curiosamente éste es el único supuesto en que la disciplina de la competencia desleal reduce su alcance subjetivo a los pertenecientes a un orden profesional porque en los demás se amplía hasta alcanzar a todos los que ejercen una actividad para el mercado pertenezcan o no a la categoría profesional.

Por lo demás, el ejercicio clandestino se reprime por la vía administrativa y, en su caso, penal mientras que la deslealtad se reprime por la vía civil, sin perjuicio de que -como es el caso del Estatuto- lleva aparejada una sanción administrativa.

Sobre el interés público que preside el régimen del ejercicio de la actividad habrá de volverse inmediatamente. Pero para no perder el hilo de la argumentación ahora, creo que debe señalarse que si la clandestinidad no supone infracción del "principio de libre competencia" previsto en el artículo 6º del Estatuto- y desarrollado en el 10-, no quiere ello decir que no contra- ríe ningún otro, y que, por lo tanto, no pueda considerarse sancionable por el cauce del artículo 63.

A mi juicio, el "principio" que importa aquí es el llamado en el artículo 6º de "legalidad", en cuanto que la actividad publicitaria debe ejercerse con respecto a lo dispuesto en la Ley. Si esta impone - y en concreto es el mismo Estatuto el que lo hace - el cumplimiento de unos requisitos administrativos para el ejercicio de la actividad, cuando no se cumplan,

esa actividad inflinge un precepto legal y consiguientemente, por violar el artículo 6º del Estatuto, queda incurso en la sanción que el artículo 63 establece.

Ahora bien, en este precepto la actividad sancionadora de la Administración se reserva para los casos de "infracciones no constitutivas de delito". En principio pudiera parecer innecesaria la aclaración porque obviamente el delito solo se aprecia y se sanciona por los Tribunales de Justicia. Pero en esta materia no puede tratarse sólo de una mera aclaración sino que la expresión legal encierra un considerable valor. Puesto que, como tiene declarado el Tribunal Supremo, es posible la concurrencia de las Jurisdicciones criminal y administrativa para enjuiciar unos mismos hechos (22), y puesto que la norma del artículo 63, por su carácter, ha de interpretarse en el sentido más favorable al inculcado, resulta que sólo cuando el hecho no sea delictivo podrá ser sancionado administrativamente. En concreto, sólo cuando el ejercicio de la actividad publicitaria sin autorización no sea instruismo podrá ser sancionado como clandestinidad. Lo que junto al aspecto sustantivo de la penalidad que no puede merecerse por el doble cauce significa en el orden procedimental una prioridad absoluta de la intervención de los Tribunales yá que sólo ellos pueden calificar la conducta como delictiva.

Sostener que la consecuencia del ejercicio de una actividad sin la autorización que se exige lleva a la consecuencia de la aplicación de la doctrina penal del intruismo y administrativa de la clandestinidad, supone la implícita afirmación de que sus consecuencias se reducen única y exclusivamente al ámbito ,penal y administrativo y que en modo alguno trascienden al ámbito de la naturaleza y eficacia de las relaciones jurídicas establecidas en el ejercicio de la actividad. En concreto y por lo que aquí interesa, el acto publicitario merecerá ser enjuiciado como tal por su significación social a la luz de la especial disciplina que el Estatuto contiene con independencia de la calificación que pueda merecer el sujeto que interviene en su ejecución. Y, desde luego, que se ejerciera la actividad clandestinamente o por parte de un intruso es algo por completo irrelevante a la hora de la calificación de los contratos que se hubieran establecido y de la aplicación de las normas generales sobre su eficacia y cumplimiento. Esto quedó apuntado ya más arriba al tratar de la naturaleza del régimen legal que se impone a los sujetos. No importa repetirlo ahora desde este ángulo de la argumentación que viene a reforzar la tesis. Tanto la doctrina científica-administrativa y civil- como la jurisprudencial consideran que el incumplimiento de requisitos administrativos en el

ejercicio de una actividad no altera la naturaleza de las relaciones establecidas. Y es natural que así sea no sólo por criterios dogmáticos sino esencialmente extraídos de la realidad, puesto que lo contrario llevaría al absurdo de admitir que un contrato de compraventa de un objeto industrial no sería tal por el hecho de haberse establecido la industria vendedora clan destinamente. Son numerosas las Sentencias del Tribunal Supremo, en relación sobre todo a supuestos de relaciones esta blecidas con quién no pertenecía a la profesión de Agentes de la Propiedad. En todas ellas encuentra base la tesis que aquí se sustenta en razón: tanto de la no obligatoriedad de la interven ción de un agente colegiado cuanto de la ausencia de relevancia del dato de la colegiación para la aplicación de las normas sustantivas sobre la mediación (23).

Parece el momento de volver sobre la cuestión del fundamento de la imposición de un régimen subjetivo a quienes intervienen en la actividad publicitaria. Si el interés del público se conecta a una capacitación técnica y a una solvencia económi ca por parte de los sujetos a los que se confían o puede confiar se todo el público, no me parece que se muestre muy destacada mente en el ámbito publicitario.

En principio, - y es algo común a todos los casos análogos -, cuando se trata de la profesionalidad de una

empresa derivada de la obtención de una licencia administrativa se advierte que es algo muy diferente a hablar de que una persona ejerce la profesión de médico, abogado o arquitecto o , incluso, técnico publicitario. A la persona natural el título que se le exige se vincula a una capacitación que, derivada del conocimiento de unos principios y técnicas, constituyen su bagaje cultural, se adscribe a la espiritualidad de la persona. En el caso de una empresa la capacitación se objetiviza tanto en su origen como en su desenvolvimiento. En su origen, porque aquélla se deduce de la especial disposición de medios que la organización comporta; en su desenvolvimiento porque la organización se sobre pone y sobrevive a las personas que encarnan su titularidad.

Ocurre, sin embargo, que la objetivización no es tan fácil de percibir en la actividad publicitaria desde luego es algo distinto a lo que ocurre, por caso, en el sector industrial donde los medios materiales priman sobre los demás - prescindiendo ahora de la valoración del empresario - y son fácilmente identificables. La esencial humanidad de la actividad publicitaria la destaca incluso de cualquier otra de servicio donde cuentan más otra serie de factores - solvencia moral y económica, por ejemplo - . La, limitada o no, creatividad que deriva de la aplicación de unas técnicas variadas comporta conjun

tar a una serie de expertos en psicología, sociología, economía, periodismo, grafismo, en técnicas de reproducción, etc. En vez de una empresa de publicidad conjunta a un fin único, el publicitario, los servicios de unos profesionales. Y por mucha que sin embargo sea la capacitación individual en cada uno de los sectores, el ensamblaje sólo se produce por una "inspiración" - permítaseme llamarla así - que determina la sugestividad del mensaje publicitario. Y esta capacidad para obtener el fruto sugestivo es muy difícil de reconocer por circunstancias objetivas (24).

Si a ello se une que el propio Estatuto prohíbe expresamente que las agencias respondan frente al anunciante del resultado objetivo de la publicidad en el ámbito de la actividad principal de aquél (cfr. art. 37 EP), se advierte que muy escasa parece la garantía de capacitación que el otorgamiento de una licencia comporta.

Desde el punto de vista del riesgo económico que el anunciante corre, no cabe duda que una ineficaz acción publicitaria supone un quebranto económico. Pero desde que las agencias no responden de los rendimientos y puesto que una autorización administrativa sólo muy limitadamente garantiza la efectiva capacitación, no parece que el interés de los anunciantes en la organización profesional de los sujetos publicita-

rios haya sido el que ha pasado definitivamente en el legislador para decidirse a emprenderla.

En este orden económico, puede contemplarse el tema desde el punto de vista de los medios. Porque éstos si corren un considerable riesgo por los volúmenes de las órdenes de publicidad que reciben de las agencias. Claro es - que toda actividad para el mercado entraña un riesgo. Y por otra parte si ese se hubiera tenido en cuenta para exigir la autorización, ésta se hubiera supeditado a la demostración de una solvencia económica que se manifestaría en las sumas exigidas como capital cuando las agencias adoptasen la forma social. Cosa que no puede sostenerse al valorar comparativamente esas sumas con el riesgo que habitualmente tiene asumido el medio (cfr. art. 11 del Reglamento del Registro de la Publicidad). Los medios que deseen garantizarse contra una insolvencia de quien con ellos contratan sus espacios, deberá continuar recurriendo a imponer las garantías en cada caso por la vía contractual. Y si obtiene éstas, en verdad que le interesa muy poco que la otra parte sea o no agencia inscrita y autorizada. Y si no las obtiene, que se dieran tales condiciones le resultaría muy insuficiente (25).

Sólo en términos muy generales y casi en la medida en que todos los fenómenos sociales se condicionan mu



tuamente y desencadenan consecuencias en otros sectores, puede sostenerse que el régimen de ordenación subjetiva de la actividad publicitaria tutela un público interés.

En realidad, sólo se justifica desde los intereses de los que ejercen la actividad. Intereses que de hecho son múltiples, yendo desde una dignificación subjetiva de la actividad que incremente la consideración social de los que la ejercen a una ordenación económica del sector, pasando por la dignificación objetiva de la publicidad misma en función de la fiabilidad con que se acoge socialmente y en cuyo robustecimiento son, los que en ella intervienen los primeros interesados. Y si se quiere ser fiel a la absoluta realidad de los hechos se deberá decir claramente que el principal interés se conecta a los aspectos económicos de la retribución a percibir.

Con idéntico realismo se manifestó el señor Subsecretario ante las Cortes al referirse sin eufemismos a la "guerra de los descuentos". Por cierto que si ésto es así parece pugnar con el interés público que de esa "guerra" obtenía la ventaja de unas ofertas ventajosas. Claro es que sin exagerar en este punto esas posibles ventajas, porque cualquier exageración siempre es peligrosa. Por lo mismo cualquier principio de ordenación siempre es saludable a condición

de que tampoco se exagere. A ese designio de introducir instancias de ordenación en el sector económico de la publicidad me parece que hay que cargar las normas del Estatuto que se refiere a los "sujetos". La ley, pues, sólo debe sentar - los criterios pero no descender al detalle porque justamente se decide por el sistema de dejar el casuismo a las propias categorías profesionales. Así se desprende de la propia ley y así lo manifestó el señor Subsecretario ante las Cortes. Cabe concluir sin género de duda que ni el Estatuto se destina a esas categorías sino a la comunidad ni deben interpretarse las normas concretas que a ellas se refieren fuera de los reducidos límites de constituir el criterio, para su organización que nunca deberá incurrir en las exageraciones que en definitiva llegarían de considerar las normas legales como un derecho profesional.

Examinados los requisitos establecidos con carácter general, corresponde entrar en el análisis de los tipos de agencia y de los especiales requisitos y circunstancias que a cada uno convienen.

Junto a los requisitos administrativos examinados la ley establece otros que se pudieran denominar como sustantivos. Se encuentran recogidos en el artículo 17 del Estatuto

que partiendo de que cualquier agencia constituye una empresa mercantil, contempla la posibilidad de que ésta tenga carácter individual o social. Sin embargo la redacción del precepto dista de ser rigurosa. De ser empresa individual el titular de la agencia, como es obvio, precisa de "la capacidad necesaria para ejercer el comercio", según establece el n<sup>o</sup> 1 del artículo 17, y parece que a este supuesto responde también el requisito previsto en el n<sup>o</sup> 3<sup>o</sup> de "poseer la ~~necesaria~~ moralidad y acreditar solvencia económica". Naturalmente que ninguno de los dos requisitos citados son predicables del caso en que la agencia se constituye como empresa social. A ésta es aplicable el n<sup>o</sup> 2 del artículo 17 que impone la obligacoriedad de que la forma social sea anónima o de responsabilidad limitada, con el capital mínimo que se fije, y cuyo único objeto social sea el ejercicio de la actividad publicitaria.

B) Tipos legales. -

Los tipos que la ley contempla son los de agencia de publicidad y el llamado Estudio Técnico de publicidad. Y si acaso puede encontrarse el germen de otro tipo en el artículo 15, al referirse a la exclusiva de origen contractual.

El legislador ha venido a inspirarse en una prág

tica, incipiente en España pero extendida y reconocida ya en otros países. En Francia se habla de agencias y de consejos de publicidad y en Italia el artículo 1º de la Recopilación de Usos y costumbres elaborada por la Federación Italiana de la Publicidad (F.I.P.) distingue entre la agencia y el estudio. "Por agencia de publicidad, dice el citado artículo 1º de la Recopilación italiana, se entiende la organización que proyecta y realiza cualquier campaña publicitaria por cuenta de terceros. Por estudio técnico de consulta publicitaria se entiende la organización que proyecta cualquier campaña sin ocuparse de su realización en el plano comercial y administrativo. El consultorio técnico publicitario, cuando se desarrolla por persona singular, reviste carácter profesional". (26).

Sin embargo, si la diferenciación por un criterio dimensional y de efectiva realización de ciertas funciones puede tener algún sentido en el sistema italiano por influir en la calificación del contrato - como "de opera" o "d'appalto" - , es irrelevante en España, en donde sólo produce perturbaciones jurídicas por extraerse de consideraciones ajenas por completo al derecho y pertenecientes al puro y simple campo de la realidad económica. Más todavía se muestra la irrelevancia desde que de ambas figuras se predica la profesionalidad y han de inscribirse en el Registro. Si se quisiera dotar de un relieve y

significado jurídico, en las relaciones frente a terceros, a la calificación registral en estudios o agencias, se dotaría al tráfico de un elemento de tal rigidez que pugnaría con su natural fluidez y sobre todo con la garantía y seguridad en el mismo y con la protección de la buena fé.

Pero el sistema todavía se hace más rígido en el Reglamento del Registro en el que se reconocen las siguientes categorías.

a) Agencia de Publicidad de Servicios Plenos (art. 4º). La terminología es ahora también de importación, en este caso de Francia. No cabe duda desde luego de que es suficientemente expresiva, y tal como queda definida en el artículo 4º se deduce que se refiere a la gran empresa y organización publicitaria capaz de ofrecer a sus clientes los servicios que demandan las técnicas más avanzadas.

No dice el Reglamento si estos servicios han de ser prestados con elementos propios o si pueden contratarse a su vez con terceros, pero del sistema se deduce que es exigible que sea la propia organización quién cuente con todos los medios idóneos a la prestación total de los servicios en que consiste la actividad que se supone va a ejercer (cfr. artº 4º en relación artº 5º del Reglamento del Registro).

Las agencias de publicidad de servicios plenos "no podrán gozar de exclusivas de ninguna clase ni ejercer las actividades propias de las Agencias de Publicidad de distribución a medios". En relación a esta regla contenida en el inciso final del artículo 4º del Reglamento del Registro, hay que decir en seguida que no viene a prohibir, no obstante su redacción, cualquier contrato que incorpore una cláusula de exclusiva a favor de la agencia y a cargo de la otra parte. Solamente prohíbe aquellos contratos que impliquen una exclusiva de publicidad del medio, que por definición sería de origen contractual. Para nada se refiere la norma a cualquier contrato entre una agencia de este tipo y un anunciante por virtud del cual éste encargase en exclusiva a aquélla la ejecución de sus actos publicitarios.

Sin entrar ahora en un análisis que se esclarecerá mejor al tratar de las agencias de exclusivas, baste señalar que en realidad el artículo 4º del Reglamento viene a contradecir lo dispuesto en el último párrafo del artículo 15 del Estatuto, que establece una excepción a la prohibición que se contiene en el párrafo anterior del mismo precepto. Según el artículo 15, la agencia de publicidad no pierde su carácter y podrá ejercer las actividades de las agencias en los supues

tos de que la explotación en exclusiva se refiera a un medio de los que en él se determinan.

La contradicción está en que la prohibición que establece el artículo 4º del Reglamento del Registro está concebida en unos términos de generalidad que no admiten excepción alguna. Lo cuál supone evidentemente una ampliación de norma legal prohibitiva que por recogerse en una Orden ministerial no puede en modo alguno prevalecer.

La prohibición que establece el artículo 4º del Reglamento hay que entenderla dentro de los límites que autoriza la norma legal, de superior rango, que se recoge en el artículo 15 del Estatuto,

Por lo que se refiere a la prohibición a la agencia de actuar como de distribución a medios, es algo absolutamente nuevo como nueva es esta figura que el Reglamento tipifica.

De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 17 del Estatuto el artículo 11 del Reglamento del Registro, establece el capital mínimo con que han de contar estas agencias cuando adopten la forma de Sociedad Anónima o de responsabilidad limitada. Se fija en la suma de un millón de pesetas. Pero el artículo 11 del Reglamento no se limita a señalar la cuan

tía mínima del capital social, cosa que no trasnasaría el mandato contenido en el artículo 17 del Estatuto, sino que impone la obligatoriedad de que ese capital esté totalmente desembolsado. Ello implica el establecimiento de un régimen especial respecto del general contenido en la ley de sociedades anónimas, que debería tener su apoyo en la propia ley de la publicidad en cuanto pueda significar derogación al precepto legal general. El artículo 17 del Estatuto solamente dispone que será obligatorio para las sociedades contar "con el capital mínimo que se fije". Ciertamente que está dejando la determinación de la cuantía a un posterior desarrollo reglamentario, no pasando de ser una muestra más del proceso autodegradante de las normas jurídicas. Pero es muy dudoso que en la determinación del capital mínimo pueda encontrarse recogido cuanto hace además referencia a las circunstancias mínimas de su desembolso. En mi opinión, la exigencia de total desembolso del capital establecida por la Orden que aprueba el Reglamento del Registro sólo puede admitirse en base al carácter dispositivo que tiene el artículo 8º de la Ley de Sociedades Anónimas una vez respetado el mínimo que en él se establece.

La obligatoriedad del total desembolso no chocca con el régimen de la sociedad de responsabilidad limitada, puesto que su ley reguladora en el artículo 3º impone igual



exigencia.

b) El artículo 5º del Reglamento se ocupa de definir la agencia de publicidad general. Esta diferenciación entre la anteriormente contemplada y la que ahora se examina parece sin paliativos verdaderamente desafortunada. Entraña en mi opinión un divorcio de la realidad publicitaria y un serio peligro para ese mercado, sin aparente beneficio para el mismo ni para su ordenación desde los criterios particularistas de los interesados (27).

La publicidad consiste en una técnica compleja que aplicada a una creación intelectual da como resultado el mensaje publicitario. Parece entonces como si después de insistir tanto la ley en la profesionalidad de la actividad, resultara que admitiera que existen unos entes que pueden desempeñarla con cierta escasez de medios, lo que parecería que produciría un deficiente mensaje de publicidad. Pero esto no es exacto en ningún modo puesto que ese tal ente puede de hecho encontrar fuera de su organización la asistencia precisa para completar las técnicas de que carezca para la instrumentación del mensaje.

Es como si en este artículo el Reglamento contemplara un profesional de segunda clase o grado. Ciertamente que

ninguna consecuencia se deriva del sistema reglamentario respecto de esta consideración, pero cierto también que ninguna disposición puede prever a priori las consecuencias que se producirán en la consideración del mercado, y que acaso pueden convertirse en base de una discriminación arbitraria de cara a la posición que en ese mercado pueden ocupar los entes, sin beneficio para el mercado y en provecho de las posibles posiciones de dominio, que, según la opinión del Profesor GARRIGUES engendran o llevan en sí mismas la sospecha de un abuso de esa posición. (28).

Del inciso final del primer párrafo del artículo 5º del Reglamento del Registro se deduce que, para alcanzar la inscripción, estas agencias pueden contar simplemente con organización adecuada para la instrumentación del mensaje o para la ejecución del acto de publicidad.

Nótese que el Reglamento del Registro no impone reglas a la actuación en el tráfico, sino que da definiciones que se aplican a las agencias - en general a todos los "sujetos" - para su calificación "a efectos de su inscripción en el Registro". Esto es, se trata de las reglas para la calificación apriorística basada necesariamente en el dato objetivo de la organización de cada agencia. Por eso antes se dijo

que la de servicios plenos debe contar en su seno con todos los medios que exigen las técnicas modernas de la publicidad. Para la total consumación del acto publicitario. Cosa que no ocurre con las agencias de publicidad en general cuya organización no tiene que agotar esos medios.

Cuando el Reglamento del Registro se extiende a reglas sobre la efectiva actuación en el tráfico, lo hace, como es natural, dentro de los límites y como desarrollo de las normas legales que a ello se refiere. Pero la calificación a efectos registrales es algo por completo independiente y para lo que, por definición, no puede servir el dato de la realización de actividades que es consecuencia que deriva justamente de aquella calificación. Esta se fundamenta en la organización con que se cuenta para las funciones que se atribuyen típicamente sirviendo de fundamento a la autorización que el Ministerio de Información dispensa para poderlas cumplir efectivamente, sin perjuicio de que no en todos los casos tengan que cumplirlas en su integridad.

De esta suerte, resulta que el artículo 5º del Reglamento del Registro desdibuja los perfiles diferenciadores entre las agencias y los estudios. Y me parece que sirve para destacar en cierto sentido la artificiosidad de la distinción. Pues

to que la diferencia entre una y otra figura se establece en el Estatuto en base a la fase ejecutiva del acto de publicidad y no a la de su instrumentación, si queremos salvar la concordancia entre el precepto reglamentario y la ley habrá que concluir que el artículo 5º del Reglamento permite calificar de agencia a la que sólo cuente con organización adecuada para la ejecución del acto, ésto es para distribuir órdenes de publicidad a los medios. Pero si su organización no está capacitada para ésto sino sólo para la instrumentación del mensaje deberá calificarse de estudio de publicidad. Interpretación que se adecúa además a lo dispuesto en el artículo 7º del propio Reglamento del Registro que no es sino desarrollo de la noción de estudio que nos da el Estatuto.

Ahora bien, es de observación que al merecer la calificación de agencia, la de publicidad general en todo caso quedará autorizada para realizar todas las funciones que se reconocen a las agencias y sometido al estatuto personal de las mismas, según las normas que se contienen en la ley.

La figura de la agencia de publicidad general responde al concepto tradicional de agencia - "agente classique" - que se limita a remitir anuncios a los medios. Y me

parece que al configurarla se han tenido en cuenta las modestas organizaciones publicitarias pero especialmente las agencias que operan en zonas alejadas geográficamente tanto de los grandes anunciantes como de los grandes medios. Se ha pensado que aparte de su existencia innegable que no podía desconocerse pueden cumplir -y cumplen de hecho- una función estimable de colaboración local a las grandes agencias que distribuyen sus órdenes publicitarias por todo el ámbito de la geografía. Por lo mismo se las califica de agencias para que puedan instrumentar mensajes, aunque no cuenten con la organización exigibles a las grandes en el convencimiento de que sus anunciantes tampoco van a demandarles servicios que excedan de sus posibilidades. Y la mismo tiempo la calificación comporta la autorización para ejecutar efectivamente los actos de publicidad. (29)

Y por eso también en este punto el Reglamento no contiene la prohibición paralela a la del artículo 4º respecto a la actuación como agencias de distribución a medios. Las de publicidad general podrán distribuir las órdenes publicitarias a los medios bien provengan de los anunciantes -porque son agencias- bien de otras agencias -porque no se les prohíbe-.

Al mismo criterio me parece responder que

sea a ellas solamente a las que se les permita disfrutar de las exclusivas de que trata el artículo 15 del Estatuto sin por ello perder su carácter (cfr. párrafo 2º art. 5º Reg. Reg. Pub.). Claro es que en este punto ya se ha señalado que resultada del todo inconveniente la prohibición que se contiene en el artículo 4º del Reglamento para las agencias de servicios plenos. Y puesto que debe prevalecer la ley, ninguna diferencia existe en este orden entre unas y otras agencias. Aunque no existiera el párrafo segundo del artículo 5º del Reglamento del Registro las agencias de publicidad general podrían disfrutar de las exclusivas en los términos de la ley. La existencia de ese párrafo se debe sólo a la indebida prohibición contenida en el artículo 4º del Reglamento.

En relación con este punto de las exclusivas todavía el artículo 5º del Reglamento del Registro resulta discutible. Se refiere a exclusivas "de ámbito local" sólo es admisible tal calificación si se considera que el criterio del alcance o audiencia del medio es el que preside el último párrafo del artículo 15 del Estatuto, Lo cuál en principio parece discutible. Como siempre, vuelve a surgir el fantasma del medio. Pero parece ser diferente para su clasificación el criterio derivado de su naturaleza intrínseca del que deriva de su alcance

o audiencia.

Desde luego, desde un punto de vista publicitario parece este último criterio el más adecuado, pero no es seguro que la ley se refiera a él. Por definición todo el sector de la publicidad exterior se apoya en soportes "de ámbito local", sin excluir que también lo son muchos de los soportes utilizados en otras formas publicitarias, como, por caso, un periódico local, una emisora de radio local, etc. etc..

Toda esta cuestión se analizará en el apartado correspondiente a la agencia de publicidad de exclusivas. Baste por ahora con dejar abierta la interrogante y con insistir en la exigencia de que toda agencia pueda gozar de exclusivas a tenor de lo dispuesto en la ley que el Reglamento del Registro no puede derogar.

Claro es que con todo lo que se ha dicho, creo que se confirma la teoría de la ~~dosis~~ de arbitrariedad que entraña la diferenciación entre agencias y estudios y de diversos tipos de aquéllas entre sí. Porque o las agencias de publicidad general están perfectamente equipadas para la instrumentación de los mensajes y entonces no se separan ni de las de servicios plenos ni de los estudios, o no están equipadas tan perfectamente como se exige a aquéllas en cuyo caso se ase-

mejan en todo a los estudios si es que a ello tampoco se les exige un equipo análogo, o, por último no están equipadas ni como unas ni como otras, llegándose entonces a la conclusión de qué puesto que no se condiciona en modo alguno su actuación como tales agencias, cualquiera en principio puede calificarse de tal aunque no cuente con organización para satisfacer las demandas de servicios publicitarios muy calificados,

Vuelve a ponerse de manifiesto lo discutible que resulta el criterio de la organización de hecho - tomado de sectores industriales - cuando trata de aplicarse al sector de la publicidad que se caracteriza por la tarea creativa y por su instrumentalidad respecto de otra actividad que puede usar de ella de muchísimas maneras y en multitud de condiciones diversas.

Cuestiones éstas que, en principio, no tendrían importancia si nó es por las repercusiones que pueden tener en el tráfico - en el general al que la publicidad se ordena y en el mismo publicitario en concreto - que es el que debe ser protegido en aras de su seguridad, de la libertad de competencia y de la salvaguardia de la buena fé que pueden peligrar si un ordenancismo excesivo y rígido desde las categorías profesionales pretende hacer trascender a él sus consecuencias.



Por último baste señalar que el artículo 11 del Reglamento del Registro señala como mínimo capital - cuando asuman la forma social - que habrán de tener desembolsado íntegramente las agencias de publicidad general la suma de quinientas mil pesetas.

c) De la agencia de distribución a medios se ocupa el artículo 6º del Reglamento, constituyendo una total novedad en la normativa establecida por la ley.

La función que cumplen es la de la pura intermediación entre otras agencias y los medios en la ejecución de los actos de publicidad.

La configuración de este tipo de agencias no merece desde luego felicitaciones. Su inclusión supone la consagración de principios de concentración de negocios en perjuicio de quién con las agencias contrata, en este caso, los medios.

Su razón de ser deriva también de un puro hecho. Los medios suelen tener establecidas unas escalas de primas que bonifican a las agencias que mayor volumen de negocio publicitario les han dedicado durante un periodo de tiempo. Puesto que las escalas son graduales, es obvio que cuanto más modesto es el volumen de negocio de una agencia, me

nor es su beneficio por este concepto. La distribución a los medios a través de las agencias así llamadas implica para esas modestas agencias la posibilidad de obtener bonificaciones por los tipos más altos de la escala de primas.

El perjuicio así es para los medios sin que de él se aproveche el mercado, que es el constituido por los anunciantes.

Claro es que a través de esta figura se entrega a las agencias modestas un arma de competencia frente a las demás en relación a las condiciones económicas en que pueden contratar con los anunciantes. Puesto que lo normal va siendo ya en España que las bonificaciones que perciben las agencias de los medios se hagan seguir a los anunciantes, que son por su parte los que retribuyen los servicios de las agencias.

No hay que decir que si esto es así lo verdaderamente coherente sería acabar con los sistemas de primas que los medios tienen establecidos, lo que supondría además independizar definitivamente a las agencias de su vinculación con los medios, No ya sólo por el contrasentido jurídico de que en la actualidad las agencias - al menos en teoría según los sistemas de primas y descuentos - perciban la retri

bución de los medios y de los anunciantes, que no se compaginna con la función real que cumplen en el tráfico, sino fundamentalmente - fuera pues de todo conceptualismo - porque no es fácil comprender que si se pretende resaltar la tecnificación de la publicidad al servicio de los anunciantes estableciéndose unas exigencias de organización mínima y prohibiendo intereses comunes entre agencias y medios que pueden impedir el rigor técnico, a la vez se parta de que las agencias están interesadas no yá por la vía del dividendo o la utilidad general sino por la que directísimamente dimana de sus servicios a los anunciantes, y se consagre el planteamiento mediante la configuración de las llamadas agencias de distribución a medios.

Que no son, por lo demás, sino un supuesto de intermediación en el tráfico que no parece compadecerse con los criterios modernos - y en muchos aspectos traducidos a normas positivas - de eliminar todos estos ficticios fenómenos de oscurecimiento del mismo.

Pero es que además la libertad de que gozan estas agencias en la contratación pueden producir consecuencias de efectiva concentración yá que no hay regla alguna específica que les imponga la obligación de contratar ni la de mantener en sus contratos una igualdad de condiciones. Ciertamente que se

aplicarán las reglas generales sobre disciplina del mercado pero no debe olvidarse su mero valor administrativo sancionador. Cierta también que no quedan fuera del régimen establecido por la Ley de Prácticas restrictivas de 1.963, pero naturalmente se aplicará según su propio alcance por la existencia del concierto o del abuso.

La única regla que se impone es la de que no podrán "en ningún caso" contratar con los anunciantes (art. 6º in fine Reg. Reg. Pub.). Con lo que se tiende a proteger a las agencias de publicidad pero no justamente al que demanda los servicios en el mercado publicitario.

Desde los criterios de política legislativa - y en consonancia con los principios que inspiran nuestro Ordenamiento, incluido el propio Estatuto - es aconsejable y urgente o suprimir totalmente la regulación de este tipo de agencias o, al menos, someterlas a la que se impone a los medios en el ejercicio de su actividad.

Todo ello sin contar con que es muy discutible que el artículo 6º del Reglamento del Registro no se oponga en ciertos puntos a lo dispuesto en la ley. Especialmente por lo que se refiere a la contratación publicitaria a cuyo lugar me remito.

El capital mínimo que se establece para este tipo de agencias es el de un millón de pesetas (art. 11 Reg. Pub.).

d) El estudio técnico de publicidad es la figura que se contempla en el artículo 7º del Reglamento que prácticamente reproduce el artículo 14 del Estatuto.

Se ha podido deducir de modo general cuál es el juicio que merece la configuración como tipo especial de estos llamados estudios técnicos.

Su participación en la instrumentación del acto de publicidad se limita a la fase de elaboración del mensaje, vedándosele la posibilidad de que lleven a ejecución el acto.

Pero tal exclusión de la participación en la fase ejecutiva no tiene ninguna relevancia jurídica como, en realidad, tampoco la tiene a efectos puramente comerciales.

En este último sentido, porque la elaboración del mensaje publicitario no es algo susceptible de realizarse aislada<sup>a</sup> mente de la consideración de otros elementos que inciden directamente en la tarea creativa. Para su definitiva elaboración ha de contarse con la consideración de los medios que habrán de utilizarse en la divulgación. Esto significa que la instrumentación del mensaje comporta su adecuación al medio publicitario, lo que implica

un conocimiento de las técnicas específicas de cada medio y un conocimiento de los rendimientos publicitarios del mismo. De hecho, desde un punto de vista de la realidad del tráfico, la fase de ejecución del acto sólo supone una actividad material que se desdobra en un aspecto financiero y en un aspecto administrativo. El estudio técnico entonces no puede ni financiar la ejecución del acto ni enviar físicamente las órdenes de publicidad a los medios. Operaciones éstas que ciertamente desde un punto de vista "profesional" son las menos importantes.

De la letra del artículo 7º del Reglamento parece deducirse que la organización que es exigible a un estudio es equivalente ó idéntica a la que puede tener la agencia de publicidad general, si es que se interpreta que a la de servicios plenos se le exige otra de acuerdo con el conjunto de funciones que se les autoriza cumplir (cfr. arts. 4º, 5º y 7º Regl. Reg. Pub.). Sobre estas cuestiones yá se ha hablado en relación a la agencia de publicidad general. Cabe simplemente reproducir lo mismo sólo que visto desde el ángulo del estudio técnico.

Cuál es el sentido que puede tener esta figura?.

Cuál es el alcance que cabe dar a las normas que la contemplan?.

Pienso que cuando el Estatuto en su artículo 14 se refiere al estudio técnico de publicidad está pensando en unos gabinetes constituidos por especialistas en la creación de elementos publicitarios: dibujantes, expertos en grabaciones megafónicas, en rodaje y confección de películas, montadores de stands para ferias y exposiciones, etc.. Y partiendo de la realidad de su existencia no quiere dejarles al margen de la ordenación subjetiva del sector publicitario, como quedarían supuesto que no caben en el concepto que se da de agencia pensado sólo para cualquier empresa o persona que intervienen en la actividad publicitaria sino en función de los servicios de gestión de la publicidad de un anunciante, que es el que modernamente cuadra con la actividad realizada.

El artículo 14 del Estatuto no hace más que definir esta figura que existe en el ámbito publicitario para que encuentre también su regulación profesional. La amplitud de las formas de la publicidad, su versatilidad en general, impone que la fórmula de la definición tenga que referirse a la intervención en la fase de ejecución del acto de publicidad. El alcance que tiene la norma es pues simplemente el de clasificación ó exposición de que también existen otros entes además de las agencias que se dedican habitualmente a la instrumentación de mensajes

publicitarios, y a los que alcanza la exigencia de hallarse autorizados.

Lo mismo cabe decir respecto del artículo 7º del Reglamento del Registro que realmente transcribe el precepto legal.

Como se observa, las normas hay que entenderlas dentro del ámbito de la regulación de los sujetos que participan en la publicidad. Por éso no tienen ninguna significación ni trascendencia en ningún otro conjunto de relaciones jurídicas.

No creo que de la simple definición pueda deducirse la prohibición de contratar la efectiva ejecución del acto o actos publicitarios que difundan el mensaje o los elementos que un estudio ha creado. Normalmente no concluirán esos contratos y por lo mismo es por lo que se tiene interés en destacarlos como sujetos de la actividad pero pueden hacerlo. Ciertamente que la regulación profesional deja sentir sus efectos en la contratación publicitaria, y en la medida - pero sólo en ella - en que sea así, naturalmente tendrá consecuencias en los contratos que el estudio concluye. Así a los medios se les impone un trato idéntico a todas las agencias y seguramente preverán - prevén de hecho - en sus tarifas y condiciones unas especiales para las agencias. En este sentido, el estudio técnico



qued excluido de ese tratamiento de agencia porque no lo es. Lo que no quiere decir que el contrato no surta su plena eficacia ni que se haya alterado su naturaleza por no haber intervenido la agencia.

Me parece que sólo tal y como se señala aquí tiene sentido la diferenciación entre agencia de publicidad y estudios técnicos.

Bien es verdad que incluso las consecuencias - puramente económicas - que han quedado señaladas se pueden evitar a través de las agencias de distribución a medios puesto que éstas por definición intentan colocar a todos los sujetos en igualdad de condiciones económicas. Seguramente se argüirá que los estudios no pueden contratar con esas agen-cias, porque habrá quién entienda que a los estudios los está vedada la intervención en la ejecución del acto de publicidad, y se fundamentará además en que el artículo 6º del Reglamento del Registro al definir a tales agencias, se refiere a su actividad "por cuenta de otras agencias". Ahora bien frente a la letra del precepto cabe oponer la misma letra de su último párrafo que sólo prohíbe a las agencias de distribución con-tratar directamente con los anunciantes. Creo que no mencio-nándose en ningún lugar a los estudios, o la letra de la nor-

ma no puede invocarse o es mejor entender que la prohibición permite considerar que el estudio sí puede contratar con la agencia de distribución a medios. Pero es que además lo que no cabe dudar es que el estudio puede contratar la ejecución de la publicidad que él instrumentó con una agencia de publicidad general, con lo que de hecho se llega a los mismos resultados que si contratara con las agencias de distribución a medios. No hay base ni en la ley ni en el Reglamento para sostener lo contrario. El artículo 5º de este texto prevé la ejecución o distribución de las órdenes publicitarias "por cuenta de terceros".

Sin contar, por lo demás con que acaso la única justificación de las agencias de distribución a medios se encuentre en completar con su función la que realiza efectivamente los estudios o creadores en general de los mensajes publicitarios.

Pues bien, si nó parece que haya obstáculo en las normas positivas para admitir esta contratación de los estudios con vistas a la ejecución del acto de publicidad parece que no debe haberlo para que puedan contratar con los medios. Cuando además ello clarifica más la relación perturbando menos los intereses de las agencias en el terreno económico, y

cuando, sobre todo, es lo que puede interpretarse según la ra  
tio y la naturaleza de las normas que acaso se invocaran para  
fundamentar la prohibición.

Seguramente se dirá que desde un punto de vis  
ta jurídico no tiene la misma significación contratar con el me  
dio que contratar con una agencia de distribución o de publicii  
dad general. Y seguramente tendrán razón quién así se manii  
fiesten. Pero ello no haría sino descubrir que es muy dudoso  
que la agencia de distribución o medios no contradiga lo dispuesg  
to en la ley sobre contratación publicitaria. Por otra parte,  
llegándose en la práctica a resultados similares - parece que  
las reglas deben interpretarse del modo que mejor se resuell  
va el problema y las necesidades de la práctica, buscando su  
sentido siempre que se respete su finalidad que, como se ha ini  
sistido, no es más que la de establecer un régimen profesio -  
nal.

El artículo 11 del Reglamento del Registro cifra  
en quinientas mil pesetas la suma de capital social mínimo con  
que ha de contar, en su caso, un estudio de publicidad.

e) Finalmente, el artículo 8º del Reglamento  
del Registro se refiere a la llamada Agencia de Publicidad de  
Exclusivas.

Ya es conocido como esta figura se reglamenta ahora en base a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 15 del Estatuto que contempla la exclusiva de publicidad que derive de un contrato entre una agencia y un medio. Con ello, se escinde la figura de la exclusiva en dos diferentes, una aquélla que consiste en el departamento de explotación publicitaria del medio, a la que se refieren el párrafo 1º del artículo 15 de la Ley y el artículo 9º del Reglamento, y de la que ahora no me ocuparé por haberlo hecho ya antes. Y otra es la de la agencia de publicidad de exclusivas que es la que deriva de la conclusión de un contrato entre un medio y otra parte con una cláusula especial que se llama en la Ley de exclusivas.

El fenómeno de las llamadas exclusivas publicitarias es uno de los que más han preocupado al legislador, hasta el punto de que en el Discurso del Subsecretario de Información y Turismo, ante el Pleno de las Cortes en defensa del Proyecto de Ley, se dice que es este fenómeno el que justifica toda la disciplina contenida en el Capítulo I del Título III del Estatuto.

Por ello conviene analizarlo con algún detenimiento.

Lo primero que aparece es que en estos supuestos, a diferencia de los del párrafo 1º del artículo 15, al me-

nos el término exclusiva se reconduce a un ámbito contractual, con lo que evidentemente se gana en propiedad en su utilización. Y ésto para los dos casos previstos en el artículo 8º del Reglamento, porque aunque en su apartado a) la consideración de agencia de exclusivas pueda ser anterior a la efectiva conclusión de cualquier contrato, es obvio que la actividad podrá ejercerla como tal sólo cuando pueda disponer de la utilización de un soporte, que devendrá por virtud de un contrato con el medio contraído.

El nudo de la cuestión reside en descubrir si propiamente se está en presencia de una exclusiva en sentido técnico. No es éste desde luego el momento de hacer una construcción jurídica de lo que la exclusiva sea y represente en el tráfico.

No existiendo una regulación positiva de la exclusiva como figura autónoma, ésta se configura en la doctrina, como afirma el Tribunal Supremo, como un pacto de limitación de la concurrencia susceptible de incorporarse a diversos contratos (30). Se puede hablar de exclusiva en las obligaciones que consistan en un dar como en las que consistan en un hacer, pero en todo caso comporta una obligación de omisión o de abstención por parte de aquél a cuyo cargo se

pone la exclusiva, obligación que despliega su eficacia frente a terceros, en cuanto que éstos no podrán entrar en el disfrute del bien sobre el que recayó el contrato en que se insertó la cláusula de exclusiva, que de este modo constituye ciertamente una restricción a la competencia, puesto que la función esencial de tales cláusulas se juegan en la contratación que se realiza para el mercado y frente a terceros, siendo la organización del tráfico en masa el presupuesto de la importancia que las exclusivas de hecho tienen, y sobre todo en relación a la llamada organización vertical.

El bien sobre el que recae el contrato entre la agencia y el medio consiste en la explotación publicitaria del soporte. No es en modo alguno que el medio conceda en exclusiva a la agencia la utilización de los "espacios" publicitarios sino que renuncia en beneficio de la agencia a la gestión directa de la contratación publicitaria sobre los espacios. La agencia, a cambio de una contraprestación económica al medio, asume en su propio nombre y por su propia cuenta la gestión de los contratos de publicidad que recaen sobre los espacios del mismo. Pero naturalmente para el ámbito de la actividad publicitaria lo que tiene relieve no es la personalidad que dispone de la titularidad de la explotación del soporte sino

la posibilidad de poder utilizar sus espacios.

Claro es que, otorgada la explotación a una agencia de publicidad, ésta podría extenderla de hecho a la efectiva utilización de los espacios publicitarios, cerrando el acceso a los mismos a otras agencias o anunciantes. Y aquí sí se estaría en presencia de una limitación de la competencia en materia publicitaria. Por ello, el Estatuto dispone que a estas llamadas agencias de exclusivas les son aplicables las normas de los medios, salvando así el principio de libertad de competencia que es en último término y desde criterios jurídicos la libertad de contratar. Bastaría entonces esta disposición legal para desvirtuar por completo el único aspecto de exclusiva en sentido técnico que la figura entraña. Pero como se ve este aspecto es en realidad una degeneración en el funcionamiento típico que consiste en sustituir la gestión de la contratación propiamente publicitaria sobre los espacios del medio. Y por consiguiente debiera haber bastado con la previsión de la ley para que tal degeneración no se produjera sin necesidad de haber sustituido el nombre y la designación de estos entes, que en rigor no encajan en los supuestos de exclusiva en sentido técnico.

Es, en suma, la figura de la "régie" de tanta tradición en Francia, y que de hecho viene ejercida por agen

cias de publicidad de una gran solera e importancia (31).

A través de esta figura viene a cerrarse en cierto modo el ciclo evolutivo del concepto de agencia de publicidad como la que actúa en interés del medio en la gestión de los contratos que le procuran inserciones publicitarias. Solo que ahora sin embargo, el riesgo de la gestión no lo tiene asumido el medio sino la agencia.

Y es curioso que la denominación de exclusiva de publicidad se aplique a una figura que en realidad ni es exclusiva en el ámbito publicitario sino en una acepción degenerada de su función, ni se produce en el contenido de un contrato de publicidad.

Efectivamente, como tiene declarado el Tribunal Supremo, la cláusula de exclusiva no altera en nada la naturaleza del contrato a que se incorpora (32). Y la naturaleza del contrato entre el medio y la agencia por virtud del cuál ésta asume la gestión publicitaria del aquél no es un contrato de publicidad, aunque se concluya con ocasión de la misma. Por que no todos los contratos que se concluyen con ocasión de la actividad publicitaria son contratos de publicidad. La mejor prueba de ello la tendríamos en que, no obstante la preocupación del legislador por esta figura de la exclusiva, a la hora



de regular la contratación publicitaria no contempla el contrato que la incorpora. Y es que sólo son contratos de publicidad los que concluyen con vistas a la instrumentación o a la ejecución de un acto de publicidad. Los demás que pueden concluirse, como éste de que ahora se trata o los relativos a los modelos publicitarios por ejemplo, se reconducen al tipo que convenga a su propia naturaleza.

Pero aunque hubiera bastado como queda dicho con aplicar a estas agencias la disciplina de los medios en relación a la explotación del soporte, sin embargo, el legislador ha querido ir todavía más allá en las consecuencias de la actuación de estos entes. Y así les prohíbe, por el tiempo que dure el contrato, mantener una actividad típica y propia de las agencias. (art. 15 de la ley y 8º del Reglamento). La disposición es congruente desde luego con la prohibición de intereses comunes entre agencias y medios, pero parece innecesario desde que la ley de prácticas restrictivas de la competencia impone la prohibición y sanciona con nulidad los contratos tying. Porque lo que la ley pretende reprimir mediante la prohibición es que la agencia se prevalga de la disponibilidad que tiene de ciertos espacios publicitarios para conectar a ellos la adquisición de nuevos clientes.

Pero es precisamente en este punto donde el Estatuto de la Publicidad se muestra más flexible porque en el último párrafo de su artículo 15 admite la excepción cuando la "exclusiva" se refiera a la utilización de la publicidad "que pueda fijarse en bienes materiales, tales como vallas, muros y otros medios de publicidad análogos".

Ciertamente no se alcanza a comprender sin dificultades el sentido de la excepción. Nótese que por serlo a norma prohibitiva y por el expreso recurso a la analogía podría interpretarse de modo tan amplio que se pusiera en trance la misma regla general. Parece imprescindible entonces intentar inducir el criterio que sirve a la norma en la determinación de las categorías de los soportes puesto que sólo mediante él podrá precisarse su alcance.

Yá se ha señalado que el artículo 5º del Reglamento del Registro da por sentado que tal criterio es el del ambito o alcance de la capacidad difusora del soporte. Y confía la investigación casuística al servicio de Actividades Publicitarias del Ministerio de Información y Turismo "previo informe de la Junta Central de Publicidad".

No cabe duda que es un criterio válido en el terreno publicitario el de la audiencia pero no sé si es el de la ley.

Pienso que las circunstancias en que se publica el Estatuto - y el Reglamento del Registro - presionan sobre el ánimo del legislador al establecer la figura de las agencias de exclusivas y al prever las excepciones. Todavía Televisión Española procedía cada año a subastar la explotación de sus espacios publicitarios entre agencias y empresas publicitarias en general. Lo que por razones de diversa índole produjo ciertas perturbaciones en el mercado publicitario, que se acrecentaban a medida que la televisión cobraba importancia como vehículo de la publicidad. Cuando se trató de deslindar campos específicos de actividades en el mercado, creo que fué inevitable que la sombra de las exclusivas de Televisión Española se proyectase sobre los ánimos y sobre las normas.

En ese sentido puede admitirse que el Estatuto tiene en cuenta el alcance del vehículo difusor al establecer la excepción contenida en el último párrafo de su artículo 15. Pero sólo en ese sentido.

Como siempre que se trata de estas cuestiones relativas a los medios y a las formas publicitarias resulta en extremo dificultoso sentar unas reglas generales sobre criterios únicos y de lógica formal. Resolver en cada caso parece desde luego inevitable pero también que la solución se adecúe a la

voluntad de la ley.

Y ésta me parece que sólo puede inducirse de un interpretación sistemática. El planteamiento debe formularse en el terreno de preguntarse por qué sea lo que la norma pretende conseguir.

La concepción de estas agencias de exclusivas - o exclusivas de origen contractual en la ley - responde a la necesidad, manifestada ya en el Estatuto, de clarificar el mercado publicitario purificando la función de las agencias en su versión moderna de cualquier adherencia del pasado que pudiera obscurecer sus perfiles rigurosamente técnicos al servicio de los anunciantes, como ocurre cuando entre agencias y medios existe una vinculación de intereses. En cuanto que en las determinaciones publicitarias para los anunciantes la agencia no podría ser neutral respecto a los medios, y en cuanto que contarían con armas no puramente "profesionales" para su lucha en el mercado, que se plantearía además de en ese terreno aséptico, en el mucho menos limpio de los precios - "guerra de los descuentos" - y, sobre todo en el no permisible terreno de vincular la contratación a otra no querida, a lo mejor, por el anunciante.

Esta es la ratio que inspira la norma prohibitiva

de que las agencias contraten con los medios la explotación de sus espacios y puedan continuar actuando en el tráfico como tales agencias -aspecto de la tecnificación de la agencia-, permitiéndolas en cambio a la disciplina de los medios -aspecto de la libertad de competencia-.

Pero la misma ley se cree en la necesidad de advertir que la regla no regirá para aquéllos supuestos en que la vinculación entre la agencia y el medio no atente ni a la libertad de contratar de los anunciantes ni a la profesionalización de la agencia. Que me parece que es lo que quiere decir la excepción contenida en el último párrafo del artículo 15 del Estatuto que, formulándose a través de un ejemplo tiene forzosamente que recurrir a la analogía. El criterio para saber cuando se está en presencia de un supuesto análogo creo que no puede ser más que el expuesto, que exige evidentemente una ponderación cuidadosa de las circunstancias que concurren.

Por lo tanto, ni la naturaleza del bien o soporte ni el alcance de su audiencia son por sí solo criterios seguros. Una y otro se tendrán necesariamente presentes en la contemplación del caso pero solo en cuanto influyan para deducir si se está o no en presencia de una "desnaturalización" o "desprofesionalización" de la agencia, que, en suma, comporta tener a la vista igualmente circunstancias de hecho de muy di-

versa índole. Y entre ellas, sin contar la valoración que en un momento o en un lugar pueda merecer el medio en el mercado publicitario, muy singularmente la susceptibilidad del soporte para la explotación racionalizada como actividad principal por parte del titular, en este caso la agencia.

Sólo así me parece posible decidir si un supuesto de publicidad exterior entra o nó en la prohibición del párrafo tercero del artículo 15 del Estatuto, o si queda incluido el caso de la explotación publicitaria de una sala de proyección cinematográfica, o el de un periódico de reducido alcance o el de una emisora de radio o un programa radiofónico en las mismas condiciones. Como se advierte se han señalado puntos o supuestos polémicos desde el punto de vista de la dicción literal del último párrafo del artículo 15 de la ley y del artículo 5º del Reglamento del Registro. Porque a tener del primero, ni el caso de la sala de cine ni el del programa radiofónico ni incluso el del periódico quedarían seguramente incluidos en la excepción, atendido el carácter nó "material" en principio, si al término "material" quiere matizársele según la ejemplificación con que el precepto continúa, y por el contrario se incluiría cualquier supuesto de publicidad exterior realizada sobre un bien "material" yá que la analogía autorizaría para ello y más

teniendo en cuenta que se trata de excepción a norma prohibitiva. Y a tenor del precepto reglamentario si también se incluiría cualquier supuesto de publicidad exterior - una publicidad en los muros de unas instalaciones deportivas por ejemplo es tan local como la valla de una obra -se consideraría exceptua dos - en contra de la letra de la ley - todos los demás su - puestos que aquí se han contemplado.

Creo, pues, que una interpretación literal no conduce a un criterio seguro. Porque si es cierto que las más de las veces la explotación de una sala de cine o de un programa de radio o de un periódico locales no puede estimarse como supuesto para la prohibición - en contra de la letra de la ley y a favor de la del reglamento - también lo es que no cualquir supuesto de publicidad exterior puede considerarse exceptuado. Teniendo en cuenta que nunca el precepto de inferior rango puede merecer interpretación que lleve a contrariar lo dispuesto en la ley, es forzoso concluir que la prohibición a la agencia para continuar ejerciendo de tal y el sometimiento de su actividad a las reglas que disciplinan la de los medios sólo se refiere a los supuestos en que aquélla se "desprofesiona lice". Cosa que fundamentalmente ocurrirá siempre - pero sólo - que la explotación comporte una actividad sistemática y

habitual susceptible de constituir la principal para cualquier su  
jeto.

Re sulta peligroso afirmar que este sea el cri-  
terio que sigue la Crden de 24 de Febrero de 1.969 porque  
yá sabemos que justamente se caracteriza por su falta de cri-  
terio. Pero lo que no cabe duda es que en su artículo 5º se  
advierte la vuelta a los términos legales con olvido de los ex  
presados en el Re glamento del R<sub>g</sub>istro. Claro es que pare-  
ce resaltar - como si ese fuese el criterio de la ley - la natu-  
raleza del soporte de la difusión publicitaria .

Al hilo de toda esta argumentación me parece  
que se hace evidente lo que, acaso con impertinente insistencia  
- fruto del temor a cualquier desviación, como disculpa - ,  
viene sosteniéndose. A saber, que toda esta reglamentación  
contenida en el Capítulo I del Título III del Estatuto está pensa-  
da y fundamentada en razón de la necesidad de clasificar e in-  
troducir los principios de ordenación en el ámbito estricto de  
las categorías de quienes profesionalmente se dedican a la pu-  
blicitad. Y que esta ratio no puede servir de fundamento - es  
más, la prohíbe - a cualquier ampliación que se pretenda e n  
orden a los dos conjuntos normativos básicos que la ley contie-  
ne, partiendo de la publicidad como fenómeno de considerable



incidencia social: el relativo a la disciplina de los actos publicitarios y el que mira a la contratación tendente a realizarlos.

Al configurar la agencia de publicidad de exclusivas el Estatuto no pretende sino deslindarla por su función de la agencia de publicidad que se contempla en su artículo 11, e impone, a través del artículo 16, que quién explote en exclusiva por virtud de un contrato con el titular un soporte publicitario en determinadas circunstancias debe proveerse de una autorización administrativa e inscribirse en un Registro. Pero ni pretende nada más ni sería lógico que lo pretendiera, ni dice nada que autorice a pensar que haya otra pretensión ni sería lógico que lo dijera.

En este caso la letra de la ley está en todo conforme con su intención. Que las agencias que contraten con un medio la explotación se descalifiquen como tales para pasar a ser otra cosa y que ello exija una nueva calificación administrativa (cfr. arts. 15, 2º párrafo y 16 EP.), no significa en modo alguno ninguna de las tres cosas siguientes. En primer lugar, que la persona - natural ó jurídica, comerciante o nó - titular de un soporte - de cualquier naturaleza - no pueda decidir libremente sobre su explotación.

En segundo término, el hecho de que la otra par

te en el contrato con el titular del soporte para su explotación no reuna - o no cumpla - los requisitos administrativos exigidos, no influye para nada en la calificación, validez y eficacia del contrato mismo.

Por último, los actos que se realicen mediante los soportes así explotados serán en todo caso publicitarios si reúnen las características para serlo, sometidos en todo a la disciplina legal.

La primera cuestión es evidente. Todo soporte es susceptible de una explotación. Lo que no quiere decir que se explote en todo caso. Y puede explotarse habitual y sistemáticamente o puede no hacerse así. La ley conecta la exigencia de unos requisitos administrativos a la efectiva explotación - destinación a un fin con ánimos de lucro - y al hecho de que sea habitual y sistemática. Por eso excluye expresamente en el artículo 19 a los titulares de soportes que no los destinan a la publicidad de otros.

La explotación sistemática comporta, por definición, una organización - mínima e insignificante o máxima y compleja, dependerá de las circunstancias - . El régimen de criterios de ordenación subjetiva se establece para quien efectivamente cuente con tal organización destinada a explotar

el soporte. Que ó bien es el propio titular del soporte o bien es otra persona que de él ha obtenido la titularidad de la utilización a fines publicitarios.

Las dos casos se contemplan en la ley. Es el primero el de la exclusiva de publicidad con que se califica al "departamento de explotación", y el segundo la llamada agencia de publicidad de exclusivas en el Reglamento del Registro y simplemente - y es significativo - exclusiva de publicidad de origen contratual en el Estatuto.

La ley no impone el cumplimiento de requisito alguno al titular del soporte sino al titular "publicitario" del soporte, sea el que sea. De ningún precepto se deduce por lo demás que la ley imponga quién deba ser titular "publicitario". Sólo quiere el Estatuto, y es lo que dice, que deberá cumplir unas obligaciones de índole administrativa.

Ahora bien, y se enlaza con la segunda de las cuestiones, cuando quién dispone del soporte para los fines de la publicidad no es el titular del mismo, obviamente sólo lo ha podido adquirir la disponibilidad a través de un contrato. Y la ley habla entonces de "exclusivas de publicidad de origen contratual". Sin que tampoco exija ningún requisito apriorístico sobre la naturaleza y calificación de esa parte en el contra

to. Cualquier persona capaz puede celebrarlo. El condicionamiento es posterior, de índole administrativa y derivado de la participación, que por virtud del contrato y sólo por él, va a tener en la actividad publicitaria. Quién haya adquirido la titularidad del soporte para su destinación a los fines de la publicidad debe inscribirse en el Registro y obtener la autorización.

Eso exclusivamente es lo que la ley dice. Y nada más. Pero ocurre que puesto que cualquiera puede celebrar un contrato por el que se ceda la explotación, es posible que lo celebren las agencias de publicidad. Y para este caso, no se altera el régimen establecido en cuanto a los requisitos que se exigen pero sí se producen unos efectos que derivan de su condición de agencia. Porque entonces se produce la "desnaturalización" de que se ha hablado y consiguientemente se altera su calificación registral.

En ambos casos - que sea una agencia o cualquier persona - se advierte que el contrato es previo al cumplimiento de los requisitos administrativos. Resulta obvio en el supuesto de que sea una agencia puesto que la alteración de su calificación depende del contrato e incluso depende de la calificación que del contrato realice la Administración (arts. 8, ap. b) y 16 del Reg. Reg. Pub.). Si quién celebró el contra

to no era una agencia, evidentemente la obligatoriedad del cumplimiento de los requisitos administrativos sólo surgen por virtud de la conclusión de aquél. Y no se diga que para estos casos deben haberse llenado los requisitos administrativos antes de contratar porque aparte de ser un contrasentido ni la ley lo exige ni del sistema se deduce. Porque los requisitos se establecen como previos al ejercicio de la actividad publicitaria (art. 16 E.P.) pero contratar sobre los soportes para destinarlos a la publicidad no es ese ejercicio. Contra ello no se alza - ni podría hacerlo por la inferior jerarquía - el apartado a) del artículo 8º del Reglamento del Registro, que sólo contempla el hecho incuestionable de que el contrato se haya concluído por quién no era agencia de publicidad. Sin que ello quiera decir que no quepa la posibilidad de que se pretenda acudir al Registro con anterioridad a la conclusión de contrato alguno. Creo, por lo demás, que la ambivalencia del precepto en su apartado a) por la ambigüedad de su redacción está de intento perseguida para incluir en el Registro a las numerosas nuevas empresas que han ido constituyendo sobre todo en el ámbito de la publicidad exterior y que mediante una inscripción anticipada obtenían la autorización a modo de credencial para el tráfico, dadas las numerosas contrataciones que

deben realizar para obtener la disponibilidad de espacios publicitarios.

Pero en todo caso, lo importante es resaltar que el contrato con la cláusula de exclusiva es previo a la solicitud de inscripción del sujeto o del contrato mismo si se trata de una agencia (art. 16 Reg. Reg. Pub.).

Si a ello se une, sobre todo, la índole administrativa de las obligaciones impuestas por la ley, debe concluirse la irrelevancia del comportamiento respecto de ellas sobre el cumplimiento y eficacia del contrato mismo. Que se cumplan aquellas o que no se cumplan determinará únicamente la aplicación de la sanción administrativa que nos es conocida (art. 63 E.P.), por supuesto que a la parte que debió cumplirlas que es quién adquirió la disponibilidad del medio para los fines publicitarios.

La conclusión que puede obtenerse es que el titular de un soporte puede no explotarlo, en cuyo caso ninguna obligación le es aplicable (art. 19 E.P.) o puede destinarlo a la publicidad bien directamente bien cediendo su explotación. Si lo primero, cabe que por la naturaleza de las cosas o por la simple decisión del titular se destine a los fines publicitarios de un modo esporádico y circunstancial o

por el contrario de forma habitual y sistemática. Para este caso se le exige obtener la autorización administrativa derivada de la inscripción registral. Y cuyo incumplimiento determina una sanción administrativa.

Si se ha cedido la explotación a otro, es éste quien debe cumplir las obligaciones administrativas que en todo caso se concretan en la solicitud de una inscripción. Pero si se tratara de una agencia, la conclusión del contrato puede, en determinadas circunstancias, alterar su calificación profesional.

Este último punto y la deficiente comprensión de la naturaleza de las normas es, me parece, el causante principal de la confusión introducida por la Orden de 24 de Febrero de 1.969.

Porque acaso el último párrafo del artículo 15 del Estatuto haya inducido a pensar que la ley tiene en consideración la naturaleza de los medios, y especialmente preocupados los inspiradores de la Orden por lo que se refiere al estatuto personal de las agencias han tomado la parte por el todo, y puesto que éstas no pierden su calificación por explotar exclusivas de soportes de diversas clases, han estimado que ni sus titulares directos son medios ni que todos los medios

puedan contratar directamente con los anunciantes, sino solo quienes sean titulares de estos soportes a que se refiere el artículo 15 en su segundo párrafo, por considerarlos como marginados del gran tráfico publicitario.

Pero no han caído en la cuenta de que si el artículo 15 contiene una excepción en relación a determinados soportes es justamente porque sus titulares son tan medios en sentido subjetivo como cualquier otro. Ni se ha considerado tampoco que la excepción no está contemplada desde el lado del medio sino desde la óptica de la agencia. Y que solo por no descalificarla como tal es por lo que se establece como excepción a la regla de la alteración de la naturaleza, regla contenida en el párrafo anterior, que empieza diciendo "cuando una agencia tenga la exclusiva ... de un medio", significando que no en todo caso es la agencia la que explota un soporte, y que no se establece cuándo debe tenerla sino que se refiere solo al supuesto de que la tenga.

Del mismo modo a como hay ocasiones en que la explotación del soporte no altera la naturaleza de la agencia existen o pueden existir otras en que, por no explotarse por su titular de modo racionalizado aunque no se haya cedido su explotación y aunque de hecho de modo circunstancial se explote, no se exige tampoco requisito alguno al titular. Porque éstos solo se vinculan a los casos de explotación racionalizada.



No creo que sea necesario fundamentar que en cualquier caso y circunstancia los actos que se realicen a través de soportes -medios en sentido objetivo- serán siempre publicitarios sometidos a la disciplina legal.

Por consiguiente si se quiere salvar la letra de la Orden de 24 de Febrero de 1.969 sólo puede interpretarse del modo siguiente. Define correctamente los medios de publicidad en sentido subjetivo en su artículo 1º, centrando el concepto en torno a la forma de explotación de los medios en sentido objetivo o soportes publicitarios. Reproduciendo en su artículo 2º las dos formas de exclusivas de publicidad que ya prevé la Ley en su artículo 15, determina en el artículo 3º en relación con el 4º que unos medios -los informativos- no podrán nunca constituir personas jurídicas que contraten con ellos la explotación de sus espacios mientras que sí "podrán" hacerlo los demás medios (apartado b) artículo 4º de la Orden de 24 de Febrero de 1.969). Por último, solo cuando los soportes no sean susceptibles de explotación racionalizada no perderán las agencias que los exploten en exclusiva la naturaleza de tales (artículo 5º).

Como se advirtió, en lo fundamental y decisivo se salvaguarda el orden jurídico salvando la letra de la

Orden ministerial. Pero como es de temer que no se le de tal interpretación, y como, por otra parte, es muy discutible que el artículo 3º pudiera prevalecer, parece oportuno solicitar la urgente derogación de disposición tan inoportuna, no obstante resultar inaplicable por su radical contradicción con la ley y con los principios al Ordenamiento jurídico general. Por lo que respecta a la publicidad exterior, no puede dudarse que las empresas que explotan los soportes, no son medios sino agencias de publicidad de exclusivas. No sólo por que es lo coherente con el sistema legal y con su desarrollo en el Reglamento del Registro sino porque considerarlas como medios en sentido subjetivo plantea una larga teoría de problemas derivados fundamentalmente de la falta de un concepto de medio y de una regulación para los mismos. Pero de todas formas ya se señaló que si se pretende hacer prevalecer la Orden de 24 de Febrero de 1.969 la que le siguió tres fechas después sobre los medios en la publicidad exterior resulta en muchos aspectos - y los más importantes - como absolutamente inaplicable y desde luego contradictoria con aquélla. Si se prescinde de la Orden como debemos hacer aquí - y debe hacerse con la derogación necesaria - resulta bastante inútil intentar mediante academicismos pretender extraer o in

ducir conceptos bizantinos. Con la interpretación que se propone de las normas, creo que es posible aplicarlas en todo caso de la manera más adecuada para resolver las cuestiones de la práctica. Fuera o no medios esas empresas se les aplicarían las normas de los medios (art. 15 E.P.) y si se consideraban tales deberían inscribirse en el Registro por tener "departamentos de explotación", si no lo fueran, también deberían inscribirse como agencias de exclusivas. En todo caso se llega a los mismos resultados prácticos.

Finalmente es de señalar que el Reglamento del Registro señala que estas agencias cuando adopten la forma social deben contar con el capital de tres millones de pesetas o de quinientas mil pesetas según que los soportes que vayan a explotar sean de ámbito nacional o local respectivamente. Calificación que corresponde al Servicio de Actividades Publicitarias del Ministerio de Información a propuesta del Sindicato correspondiente y previo informe de la Junta Central de Publicidad (art. 11 Reg. Reg. Pub.).

### III.- EL AGENTE DE PUBLICIDAD

Uno de los sujetos que la ley contempla como

intervinientes en la actividad publicitaria es el agente de publicidad.

Es el artículo 13 del Estatuto, prácticamente reproducido en el artículo 12 del Reglamento del Registro General de la Publicidad, el que nos da el concepto de agente de publicidad. Del que destacan dos notas.

De un lado, se exige que sean personas naturales. De otro, la ley delimita el concepto en torno a que "su actividad sea de pura mediación".

La función que desempeña el agente es la de captar clientes para la agencia de publicidad o para el medio, y puesto que esa función ha de ceñirse a la simple mediación, es evidente que ésta se actúa en el ámbito de la conclusión de los contratos que el anunciante establece con la agencia, o en los que ésta o el anunciante establecen con el medio. En suma, su mediación se ejerce en el campo de la contratación publicitaria tal como se tipifica en el Estatuto de la Publicidad.

La actividad del agente se ejercita en consecuencia en el campo propio de la contratación que se produce en función de la instrumentación del acto de publicidad o de su ejecución. Y a su vez, su actividad deriva de la efectiva conclusión de un contrato concluido entre él y la agencia o el medio,

que es uno de los contratos tipificados en el Estatuto.

Por todo ello, ya se ve que el análisis de la figura del agente es una consecuencia del análisis de la contratación publicitaria. Pero tanto por razones de sistema cuanto por venir establecida en la ley una regulación subjetiva, es preciso en este lugar delimitar, a esos efectos, la figura del agente de publicidad.

El concepto de la mediación es fruto en nuestro Derecho de los esfuerzos constructivos de la doctrina científica y jurisprudencial, que coinciden en caracterizarla como la pura aproximación de las partes en un futuro contrato en el que no intervienen el mediador ni en su conclusión ni en su ejecución (33). Destacándose entonces las notas características de la independencia, de la falta de permanencia, de la ausencia de obligación de gestión y de no ser el mediador un representante. Que son sin duda suficientes para separar el concepto de otros afines, como la agencia o la comisión por su inclusión genérica en la categoría de las funciones de gestión de intereses ajenos (34).

Referido el concepto de agente de publicidad al de su función mediadora, lo primero que conviene señalar es lo inadecuado del nombre que la ley y la práctica comercial les

da. Si su actividad es mediadora, no son agentes en sentido técnico-jurídico (35).

Pero el segundo, y último, párrafo del artículo 13 del Estatuto contempla el doble supuesto de que los agentes actúen al "servicio exclusivo de alguna agencia o medio". Se advierte que no se trata del fenómeno común en ciertas categorías de negocios gestión de intereses ajenos de una cláusula de exclusiva a favor del mediador. Ahora se borra la nota de intermitencia del agente de publicidad, aproximándose entonces a la poca clarificada figura de los agentes comerciales o representantes de comercio (35).

Seguramente la ley está tomando modelo de lo que sucede en el sector del seguro en el que administrativamente se han configurado los dos tipos de agentes libres y afectos. Pero a diferencia de lo que ocurre con relación a éstos, para los de publicidad se cuenta con la regulación sustantiva del contrato que les liga con la agencia o con el medio y no se tiene sin embargo publicado un Estatuto profesional que les sea aplicable (37).

De este modo habrá de estarse a lo que resulte de su efectiva actuación a virtud de lo dispuesto en el contrato (38). Y siendo así parece que sería más oportuno no man

tener el dato de la mediación como determinante del concepto agente de publicidad.

La actividad de éste es evidente de naturaleza comercial, y es congruente que el artículo 17 del Estatuto le exija tener la capacidad necesaria para el ejercicio del comercio. La organización profesional de los agentes que se anuncia en la ley (art. 59 E.P.) será la de una actividad profesional del comercio.

También, por ministerio del artículo 16 del Estatuto, los agentes deberán inscribirse en el Registro de la Publicidad y obtener la debida licencia.

La obtención de la autorización comporta el ingreso del agente en la categoría profesional, con la posibilidad de alcanzar la tutela de sus intereses a través de la vía administrativa o criminal frente a quién ejerza la actividad en forma clandestina o incurriendo en el delito de intrusismo.

Pero también ahora es preciso insistir que el incumplimiento de las obligaciones administrativas no repercute en la calificación de la naturaleza de la relación jurídica establecida con intervención de quién no sea agente ni en los derechos y obligaciones que para él se deriven por el hecho de su intervención. La no exigencia de que en la contratación publici

taria intervenga un agente ni la de que la intermediación se actúe por quién pertenezca al orden profesional, son motivos que la jurisprudencia ha valorado en supuestos análogos para sostener la tesis que aquí se sostiene, sin perjuicio de las sanciones que correspondan.

Siendo posible que los agentes actúen al servicio exclusivo de una agencia o medio, se plantea la cuestión de gran importancia relativa a la calificación de la relación, en cuanto ha podido escapar de la órbita jurídico-mercantil para incluirse en la propia de las relaciones laborales. Desde que por Ley de 21 de Julio de 1.962 se reformó el artículo 6º de la Ley de Contrato de Trabajo, los agentes comerciales o representantes de comercio pueden quedar incursos en su régimen siempre que se den las notas cualificadoras que ha venido matizando y sosteniendo con reiteración encomiable nuestro Tribunal Supremo.

Y es importante resaltar que a efectos de la consideración que merezca la relación desde los criterios jurídicos-laborales, carece de trascendencia la consideración subjetiva de su profesionalidad y la objetiva de estar constituida por las prestaciones que la configuren como contrato de mediación publicitaria.



El ejercicio de la actividad por el agente inscrito y autorizado no impide que la relación pueda ser de naturaleza laboral (39) del mismo modo que el ejercicio sin el cumplimiento de tales requisitos no significa, sin más, que lo sea.

Si en la relación entre el agente y la agencia o el medio se dan las notas que la cualifican de laboral, se somete a las reglas materiales y procesales del Derecho del Trabajo, aunque quién actuó como agente esté inscrito y autorizado. Si, por el contrario, no se dan tales notas, la calificación vendrá por la verdadera naturaleza de la relación, aunque quién actuó como agente no se halle inscrito ni autorizado (40).

#### IV - EL TECNICO DE PUBLICIDAD

Realmente el análisis de la figura del Técnico de Publicidad rebasa los límites de esta tesis. Si me ocupo de ella es por razones de completar el examen del Estatuto que se refiere al Técnico en su artículo 18. Lo haré, pues, con brevedad.

Del precepto citado se deduce la consideración del Técnico como experto o especialista en la instrumentación

del mensaje y en la ejecución del acto de publicidad. Que deriva de una capacitación personal que le sitúa en el ámbito de los ejercientes de profesiones liberales, y que se acredita mediante un título que otorga o reconoce el Instituto Nacional de Publicidad.

La del Técnico de publicidad no es una profesión comercial, aunque los conocimientos que implica sean de inmediata aplicación al campo del comercio. Por eso, su concepto viene en la ley a continuación del régimen establecido para las categorías profesionales del comercio, y el Reglamento del Registro no se ocupa de ellos.

No necesitan, en efecto, de ningún requisito formal. Para pertenecer a la categoría es suficiente haber obtenido la titulación que acredita la adquisición de unos conocimientos para el ejercicio de la profesión.

Lo que necesariamente comporta arbitrar los medios idóneos para la formación profesional. De ello se ocupa el artículo 20 del Estatuto que confía al Instituto Nacional de Publicidad la función de "proporcionar las enseñanzas que habiliten para el ejercicio profesional de la publicidad". Precepto que se desarrolla en la norma 3ª del artículo 2º del Reglamento del Instituto y en general en ese texto reglamentario, así como en la

Orden de 1 de Agosto de 1.966 que expresamente reglamenta la Escuela Oficial de Publicidad.

No es éste naturalmente el momento de extenderse en consideraciones sobre las dificultades que presenta una estimación unitaria de la instrumentación y ejecución del acto de publicidad desde el punto de vista de una específica cualificación profesional. El mensaje publicitario, como es sabido, es fruto de una cooperación creativa desde sectores diversos de las ciencias sociales y de las artes - aplicadas o nó. Y aunque no corresponde analizar aquí estos aspectos, séame sin embargo permitido señalar que cabe la duda de si el mejor método para impartir las enseñanzas es el de creación de una Escuela que, por exigencias de hecho obvias, no podrá asumir fácilmente la formación de base que fundamente la aplicación de las ciencias sociales a la publicidad. Y acaso parezca como solución ideal articular la preparación en el manejo de las técnicas específicamente publicitarias dentro de las funciones universitarias, como rama o especialidad una vez obtenida la formación básica en las ciencias sociales.

La creación de esta categoría profesional de los Técnicos no incide sobre el ejercicio de la actividad publicitaria, aunque éste se configure también en categorías profesiona-

les. Pertenecen a dos órdenes distintos, como se ha señalado. Por lo mismo, aunque no haría falta decirlo, no estorba sin embargo que el artículo 28 del Reglamento del Instituto Nacional de Publicidad disponga textualmente que "el ejercicio de la profesión publicitaria, en sus diversas especialidades, seguirá siendo libre". Naturalmente se refiere a la libertad de industria, comercio y profesión, en cuanto que cualquier persona puede válidamente establecerse como agencia o como agente de publicidad y adquirir los conocimientos que le procuren la titulación que acredita como técnico publicitario.

La única consecuencia de la creación de éstos en el ejercicio de la actividad comercial publicitaria es la que se contempla en la Disposición transitoria segunda del Estatuto y se recoge en el artículo 28 del texto reglamentario citado.

Que las agencias deban "tener a su servicio por lo menos un Técnico" es algo que se refiere a la simple esfera interna de la organización de las agencias y a los derechos que se confieren a los nuevos profesionales. Pero no encierra el menor interés en orden al análisis que aquí importa.

La relación jurídica que se establezca entre el Técnico y la agencia excede el marco de las que se refieren a la actividad publicitaria, aunque se establezca en vistas o con

ocasión de la misma. Su naturaleza se reconduce al arrendamiento de obra o al de servicios. Si se quiere con la matización que supone el que éstos sean profesionales, pero, en cualquier caso, excluida de una calificación como relación propiamente publicitaria.

El Técnico desenvuelve su actividad en una esfera ajena a la de la instrumentación técnico-jurídica del acto publicitario. En la interna de la organización de los elementos en el seno de los entes que son los que intervienen en aquélla. El Técnico, por serlo, no es sujeto de la contratación publicitaria ni en la fase instrumentadora del mensaje, ni en la que tiende a su ejecución. Y si en algún caso lo es, la consideración de sujeto propio de la actividad devendrá de tal hecho pero no de su cualidad profesional.

NOTAS AL CAPITULO IV

- 1) F. CABANILLAS, op. cit. pág. 51.
- 2) Informe británico recogido en "La publicidad como medio ... " cit. pág. 105 y s.
- 3) Al tratar de las Agencias, en este mismo Capítulo, se argumenta sobre la falta de consecuencias en el orden material de las relaciones jurídicas por el incumplimiento de obligaciones administrativas. Me remito, porés, a ese lugar y a la doctrina allí citada. También, por lo que se refiere al contrato llamado en el Estatuto "de tarifa", me remito al lugar de esta tesis donde se estudia. Baste con dejar consignado ahora que efectivamente el régimen legal contempla una explotación racionalizada del soporte.
- 4) Sobre lo que deba entenderse por "sector publicitario - de un medio" (art. 15 E.P.) vease F. CABANILLAS, op. cit. pág. 57 y s.
- 5) Se trata con ella de mantener una total diferenciación entre agencias y medios que fortalezca el carácter profesional de aquellas en la defensa de los intereses de los anunciantes, a la vez que clasifica el juego de la competencia en el sector publicitario.
- 6) Aún aparece con tal carácter en la obra de HAMEL Y LAGARDE que se ha citado, en la que distinguen la empresa - de publicidad -que sería el medio- de la agencia de publicidad que es simplemente una agencia de negocios en cuanto

es intermediaria "entre las empresas de publicidad y los - que utilizan los servicios de esas empresas". La nota de - la pura y simple mediación desaparece por lo general en los autores que tratan de los contratos que celebra la agencia con el anunciante. Así por todos M. PLANIOL y G. RIPERT: - "Traité pratique de Droit Civil Française". 2ª ed. Paris 1.952. T. XI pág. 229 y siguientes. En este sentido se orienta sin excepción la literatura jurídica especializada. Y - desde luego la no jurídica pero sí especializada.

7) Ha de advertirse que cuando aquí se habla de colaboración se da al término el sentido usual y no el que suponga fundamento a considerar a la agencia como auxiliar del anunciante en sentido técnico. Que con razón ha sido expresamente rechazado por G. GIORDANO: "ie contratto di agenzia". Bari 1.959. pág. 406. Pero la actividad de la agencia, por su innegable instrumentalidad, es de colaboración a la que ejerce el anunciante.

8) Precisamente la referencia a la "empresa" en el Estatuto (Arts. 11 y 12) es uno de los ejemplos que la legislación vigente brinda al Profesor RUBIO para sostener su tesis de la doble acepción que el término tiene como empresario y como establecimiento (J. RUBIO: "Introducción ..." cit. pág. 474 y siguientes, especialmente pág. 476).

9) Parece advertirlo así el Reglamento del Registro de Publicidad cuando en su artículo tercero asimila la forma - empresarial a la profesional. Porque no todos los "sujetos"

son empresarios. No lo son los agentes que han de ejercer su actividad individualmente, privando por lo tanto lo subjetivo sobre lo objetivo que se advierte en la organización. Por eso el artículo 12 del mismo texto no habla ya de que los agentes cuenten con ella y sí en cambio con propiedad destaca el profesionalismo. Sin embargo hay que reconocer que cuando se desarrollan en concreto las normas de la ley a cada uno de los demás "sujeros" junto al dato de la organización se pone el del ejercicio profesional.

10) HAMEL Y LAGARDE: "Traité ..." cit. pág. 48 y siguientes. También G. RIPERT: "Traité élémentaire..." cit. pág. 24 y siguientes.

11) Incluso en Francia se crearon en 1.940 Comités de organización profesional que desaparecieron por Ley de 26 de abril de 1.946. No hace falta señalar que fueron Alemania e Italia los países en que mayor resonancia y eficacia alcanzaron los regímenes corporativos. Singularmente en Alemania la tercera década de este siglo conoció una peculiar ordenación de la publicidad en todos sus sentidos, que no puede negarse que cumplió el fin de someter el fenómeno a una disciplina cuyos efectos, sobre todo en la mentalización de los problemas, perduran todavía. Vease. BUSSMANN DRÜSTE "Werbung und..." cit. pág. 22.

12) HAMEL Y LAGARDE. "Traité..." cit. pág. 49.

13) J.L. VILLAR PALASI: "La intervención administrativa..." cit. pág. 304.



14) P. CABANILLAS destaca junto al respeto a la libertad industrial y a la autonomía privada el carácter de simples "requisitos de control" que se establecen para el ejercicio de la actividad ("Principios..." cit. pág. 53). Y en el discurso ante las Cortes se resaltó que no se podía atender a la "libertad de contratación" y que cualquier ordenación de la actividad de las agencias de cara al mercado debería afrontarse "por el cauce de acuerdos profesionales, pero nunca a través de normas imperativas".

15) Se volverá sobre este asunto en el Capítulo VIII.

16) J.L. VILLAR PALASI: op. cit. pág. 310.

17) J.L. VILLAR PALASI op. cit. pág. 304 y siguientes.

18) Además de la obra del Profesor VILLAR PALASI, vease en el sentido del texto: R. MARTIN MATEO "Silencio positivo y actividad autorizante". R.A.P.. nº 48 sep/dic. 1.965. Y en general la bibliografía allí citada. También C. LEGA: "La libera professione" 2ª ed.. Milano 1.952.

19) J.L. VILLAR PALASI op. cit. pág. 132.

20) Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1.965.

21) Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1.964.

22) Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1.964.

23) Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1.956.

24) Con agudeza e incidentalmente ha sido resaltada esta circunstancia por el Profesor RUBIO que expresamente reconoce que en una empresa de publicidad no se acusa el peso estructural de los elementos organizados que permita la existencia de la organización independientemente de su continuo funcio

nar. (J. RUBIO: "Introducción ..." cit. pág. 533).

25) Para los medios la relevancia de la organización profesional de las agencias est'a en excluir a quienes no lo sean de los beneficios económicos que por descuentos y bonificaciones suelen tener previstos. Pero hay que insistir nuevamente en que ello no repercute en la naturaleza de la relación jurídica que establezcan a efectos de ejecutar la publicidad. En este orden creo que es útil no perder de vista que la intervención de una agencia extranjera en el contrato con un medio, dejará intacta la eficacia del negocio, sin perjuicio de que el medio no deba retribuir a la agencia porque se convertiría su intervención en un ejercicio clandestino. Tal me parece la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en 18 de abril de 1.961.

26) En Italia no faltan los autores que lamentan o desechan la diferenciación. Así M. FUSI "Manuale legale e fiscale della pubblicità". Milano 1.964.

27) La Revista IP (Información de la Publicidad) número de octubre de 1.969, hace público que frente a 25 agencias de servicios plenos, existen en España 573 de publicidad general.

28) J. GARRIGUES. "La defensa de la competencia mercantil". Soc. de Estudios y Publicaciones. Madrid. 1.964.

29) Sin embargo, creo que la mens legis no se ha visto correspondida con la realidad que se deduce de la nota 27 - precedente. Resaltando una vez más lo poco justificado que

se encuentra una minuciosa reglamentación que no responde en verdad a las necesidades de la práctica. Es perfectamente lógico que cualquier empresario muestre su preferencia - por inscribirse como agencia de publicidad general, antes - que como de servicios plenos, si es que además no resulta - imprescindible por la gran organización que exige éste última calificación sin compensaciones de ningún orden que desconoce por lo demás el moderno principio de división del - trabajo.

La realidad pone en evidencia que la inmensa mayoría de las agencias se acogen al tipo previsto en la ley inicialmente para albergar supuestos concretos de significación muy diversa.

30) Entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 18 de - marzo de 1,966.

31) Así, la Agencia HAVAS que desde 1.960 viene administrando la publicidad de ciertos medios, incluso prensa periódica.

32) Vease la sentencia citada en nota 30 precedente.

33) Entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1,946, 3 de junio de 1.950, 28 de noviembre de 1.956 y 9 de octubre de 1.965.

34) J. GARRIGUES: "Tratado de Derecho Mercantil". T. III - vol. 1º pág. 585 y siguientes.

35) A la tesis sostenidas por nuestra mejor doctrina se unen las de la extranjera. RIPERT incluye a los courtiers de pu-

blicité entre los corredores y los define como aquéllos - "que ponen en relación la prensa y los comerciantes deseosos de hacer publicidad" (G. RIPERT: op. cit. T.II pág. - 195.

36) El Reglamento de Agentes Comerciales data de 21 de febrero de 1.942, y con modificaciones en 1.944 y 1.950 se encuentra vigente como recordó la Res. de 19 de octubre de 1.960. Define a los agentes como "todo comerciante que esté encargado de un modo permanente de realizar o preparar contratos mercantiles en nombre y por cuenta ajenos".

37) Existen noticias de que se está elaborando un Reglamento que revisa actualmente el Sindicato de Publicidad.

38) Vease J. GARRIGUES: "Curso..." cit. 2ª ed. Madrid -- 1.956. pág. 329.

39) Por la proximidad de la doctrina aplicable y por descansar en los mismos fundamentos, vease R. URÍA: "Derecho mercantil". Madrid 1.958 pág. 38. También RIPERT expresamente alude a la cuestión (G. RIPERT, op. cit. T.I. pág.

81). Vease la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1.966.

40) Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo, 22 de noviembre y 31 de diciembre de 1.963. La doctrina es la de la calificación por el contenido del contrato y su modalidad. En la última, el dato de la colegiación se recoge como - obiter dictum meramente sin que sea fundamento del fallo.

## CAPITULO QUINTO

### EL ACTO DE LA PUBLICIDAD Y LA ACTIVIDAD PRINCIPAL

#### I.- EL ACTO DE PUBLICIDAD Y LA CONTRATACION PRIN- CIPAL.

El acto publicitario, como es ya conocido, se caracteriza por su finalidad instrumental respecto de la conclusión de un contrato.

El anunciante persigue determinar a los destinatarios de sus mensajes a que efectúen una declaración contractual de voluntad.

La actividad publicitaria se inscribe así en la esfera de la contratación de bienes y servicios, sin que sea posible limitar su alcance a una especial categoría de contratos, según su naturaleza jurídica, ni tampoco a los supuestos de contratación en que el anunciante asuma una determinada posición como parte en la misma. (1).

Es, en consecuencia, posible plantearse la califica-

ción jurídica del acto de publicidad en base a su repercusión en la formación del contrato principal.

Inicialmente, sin embargo, es preciso señalar que cualquier indagación en esta materia no puede hacerse solo desde el ámbito del acto de publicidad en sí, sino que debe realizarse desde la perspectiva general de la dogmática jurídica de las obligaciones y contratos.

Quiere decirse que el análisis rebasa ampliamente la problemática estricta que se acoge a la disciplina jurídica de la publicidad, y que su asiento idóneo se encuentra en la investigación relativa al negocio jurídico.

Pero es obvio que esta razón básica no parece suficiente, sin embargo, para impedir que una visión general del fenómeno publicitario abarque, siquiera someramente, las cuestiones que en este orden de cosas se plantean.

El tema no deja de estar preñado de dificultades en razón de una doble consideración. De un lado, por las múltiples finalidades que en concreto cada acto de publicidad puede venir a servir, de otro, por la variedad que conocen las manifestaciones publicitarias.

Respecto a lo primero, es incuestionable que el acto publicitario puede instrumentarse con tal carácter no solo en favor de un único y aislado contrato, sino fundamentalmente en fa-

vor de una masa de contratos: pero además esa contratación puede referirse o no a aquellas categorías en las que juegue papel preponderante el "intuitus personae". En uno u otro caso las consecuencias a que se llegue en la calificación jurídica serán necesariamente diversas.

La multiplicidad de las formas posibles de la comunicación publicitaria es igualmente un factor que no puede ser desconocido por el jurista.

La estructura del acto de publicidad, como de comunicación no representa un obstáculo a considerar su idoneidad para incorporar una declaración negocial. Es más, en toda declaración negocial está presente la comunicación de la misma. '

El acto publicitario no sería sino la forma o el modo de esa comunicación.

El hecho de que la comunicación se dirija al público esto es, indiscriminadamente, tampoco en principio es inconveniente para su valoración. La doctrina no se opone a admitir la posibilidad de declaraciones negociales dirigidas a personas indeterminadas, en círculos de indeterminación más o menos amplios, y es éste ciertamente sistema muy acorde con el tráfico de masa que traspone el criterio de fungibilidad a las mismas personas. (2).

Si de la óptica de la estructura del acto se destien-

de al de su finalidad de "manipulación" del mercado, es menester referirse al sector de la doctrina que sostiene que la publicidad no se dirige "a provocar actos de cambio concretos, sino a aumentar la probabilidad de que éstos se verifiquen". Pero se advierte que esta apreciación cuadra con los supuestos de la publicidad dirigida a favorecer el tráfico de masa, pero no tanto con aquellos otros que persiguen la celebración de un único e irrepetible contrato.

Cierto que dentro de aquella específica categoría los resultados objetivos del acto solo pueden analizarse a la luz de los principios de la probabilidad estadística, pero es evidente que el incremento de la contratación se mide por la adición o suma de contratos singulares, y precisamente la efectividad real de éstos es la mejor prueba de cómo deja sentir su influencia la publicidad en cada uno de los destinatarios que están en disposición de decidir la conclusión de cada uno de esos aislados contratos (3). Si, pues, desde el punto de vista del anunciante que ejerce una empresa el acto de publicidad solo consigue su finalidad como instrumento de la contratación en masa, desde el punto de vista de los destinatarios del mensaje, éste cumple su función en la medida que les determina o condiciona en la decisión de contratar.

Por lo demás, en mi opinión, parece conveniente que el Derecho no deje de valorar en este punto la fuerza de los



hechos que derivan de la aplicación de las técnicas y de los métodos estadísticos (4). Cuando el anunciante emprende una acción publicitaria cuenta de antemano con unos resultados globales que, de haberse atendido a las técnicas suasorias, se producirán; lo que, en último término, quiere decir que las argumentaciones publicitarias han intervenido de algún modo en la declaración contractual de los destinatarios. Parece por consiguiente excesivo sostener que entre las declaraciones negociales y los supuestos de publicidad no existe más que una "conexión de puro hecho" de lo que deriva necesariamente una neta diferenciación entre la función de "actuar una manifestación de voluntad negocial" y la tínicamente publicitaria (5). Porque ocurre que en ocasiones aquélla función se realiza precisamente a través de una actividad publicitaria, sirviendo ésta de modo o vehículo de la manifestación de voluntad. Y no parece que pueda ser irrelevante para el Derecho en estos casos el hecho de que estructural y teológicamente se pueda reconocer en la manifestación una comunicación publicitaria, puesto que, advertida la relevancia, será necesario que ante un acto publicitario el jurista pueda analizar si incorpora o no una declaración de voluntad negocial, a la que corresponda, en su caso, otra declaración negocial por parte de cada uno de los destinatarios, o, en su caso, un acto de estos últimos que implique el cumplimiento de la condición a que se conectaba la obligación del anunciante.

No es posible tampoco, como se ha señalado, olvi-

dar la multiplicidad de formas que el acto publicitario puede conocer, que, como es sabido, es materia que se conecta a la variedad de "medios" que se utilizan a los fines publicitarios. Si por voluntad negocial se entiende algo más amplio que la estricta declaración contractual, parece obvio que tanto los supuesto de lo que se ha llamado publicidad-información como los que se denominan de publicidad-promoción, son igualmente aptos para incorporar aquélla. (6).

Parece conveniente insistir en que en modo alguno con este análisis pretende sostenerse que la valoración de la declaración de voluntad negocial deba reconducirse a la disciplina jurídica de la publicidad. Se trata simplemente del intento de aportar alguna luz al ámbito jurídico de las obligaciones y contratos desde una observación atenta de la realidad del tráfico que se actúa a través de mecanismos publicitarios.

Y en este restringido sentido, y con las cautelas que son menester, parece que el análisis exige un deslinde claro de los puntos en los que el observador puede situarse.

#### A) Perspectivas desde las que es posible el análisis.

De acuerdo con todo lo anterior, importa concretar claramente cuáles sean los elementos del acto publicitario que adquieren relevancia singular en función de las generales categorías de la declaración de voluntad negocial.

a) El acto de publicidad y la oferta contractual,

El primero de los elementos que se destaca por lo que aquí importa es el objetivo, esto es, el mensaje. Entendido como "argumentación publicitaria". Pero si bien su valor publicitario no se conecta solo a las que llamé expresiones descriptivas sino que depende de la combinación de factores -al cuidado de la técnica específica- que la dan su expresión sugestiva, es evidente que solo en aquellas pueden reconocerse los requisitos objetivos que ha de cumplir cualquier declaración para que por una simple respuesta afirmativa (7) se produzca la génesis de un vínculo contractual.

Del hecho de dirigirse el mensaje al público no deriva la imposibilidad de calificarle de oferta de contrato. Los sistemas positivos y la doctrina no dudan en admitir las llamadas ofertas a personas indeterminadas y al público en general. (8).

Otras son las razones que pueden servir para fundamentar la negativa. Y me parece que es posible agruparlas en dos grandes apartados. La finalidad de las comunicaciones publicitarias constituye el primer obstáculo. El segundo se cuenta en la dificultad de individualizar al emisor de la comunicación.

Partiendo de la base de que el anunciante solo se propone atraer al público hacia sus operaciones, puede sostenerse que ni de sus mensajes deriva la imprescindible determinación del con-

tenido de un futuro contrato, ni su intención es la de obligarse con todos y cada uno de los destinatarios.

Consiguientemente suele rechazarse la teoría de que los actos de publicidad constituyan verdaderas ofertas contractuales, para reconocerles el valor de meras invitaciones al público para que se formulen las propuestas al anunciante.

Pero que el mensaje sea una expresión sugestiva no creo que sirva para fundamentar una negativa de su carácter de oferta. Como no sea por el expediente formal de diferenciar la publicidad de las verdaderas ofertas.(9).

Pero tal recurso de lógica formal no puede resolver nada. Porque precisamente que se admitan las ofertas al público supone averiguar en cada caso de publicidad si se está o no en presencia de una de tales ofertas (10). Perspectiva diferente a la catalogación formal comporta dar el valor de puro señuelo, estímulo o reclamo a las comunicaciones al público que no incorporen los elementos que caracterizan la oferta (11) porque en tales casos se parte del acertado criterio de deducir la función que cumple la comunicación de su propio contenido y no viceversa por un criterio apriorístico. Que también es el que preside cualquier catalogación de formas, modalidades o categorías publicitarias que se utilizan para diferenciar de entre ellas las que tienen valor de oferta de las

que no lo tienen. Con ello, como se advierte, no se traspone un criterio formalista (12). Evidentemente, sin embargo, es criterio que predomina en ciertos sistemas de derecho comparado (13). Pero cuando la Ley se ha decidido por establecer unas categorías para negar a alguna el valor de oferta de contrato, ha de pensarse que o bien han sido criterios de oportunidad los que han inducido a ello o bien que se ha partido del hecho de la experiencia y de los usos que impiden reconocer en aquéllas una oferta. Dejando, incluso, en este caso abierto el camino al juzgador para que, induciendo el criterio, aplique correctamente las reglas (14). Es de notar sin embargo que en el Código Civil italiano (art. 1.336) desaparece cualquier catalogación formal para atenerse la regla al, en mi opinión, recto criterio de que solo el contenido de la declaración al público puede servir para calificarla, ponderados el uso y las circunstancias.

En este punto, la norma más progresiva se contiene en el artículo 1.629 del Código Civil mexicano de 1.964 al disponer textualmente que "la persona que ofrezca al público objetos a un determinado precio, queda obligada a sostener su ofrecimiento."

Ante el silencio de nuestro derecho positivo se impone la necesidad de inducir una regla.

No creo que pueda silenciarse que nuestra doctrina no se muestra por lo general muy propicia a admitir el valor de oferta de contrato a los supuestos de publicidad. Pero me parece que los tratadistas parten para formar su criterio de bases certeras. Su tendencia o la negativa creo que se fundamenta en reconocer que normalmente en las comunicaciones publicitarias ni se recogen todos los elementos objetivos esenciales ni seguramente existe la voluntad de obligarse por parte del anunciante, pero no me parece que nuestros autores cierren definitivamente el paso a que pueda reconocerse una oferta de contrato. (15).

Con ello nos vemos reconducidos al punto de partida en que se señalaba que el fundamento a la adopción de un criterio solo puede estar en negar que se reúnan los elementos esenciales o que sea posible reconocer una voluntad de obligarse.

Y pienso que cualquier generalización resulta inoportuna, sea cual sea su sentido. Pero confieso que no deja de producirse cierta sorpresa observar cómo los juristas nos obstinamos en mantener dogmas nacidos al amparo de circunstancias sociales muy diversas. La doctrina no duda en admitir -incluso hasta como base para sostener los rasgos autonómicos de la disciplina- que el derecho patrimonial

del tráfico se halla presidido por su adecuación a las necesidades que impone una especial organización del sistema económico. Pero parece, sin embargo, más remisa a permitir el desarrollo congruente de esos criterios hasta sus últimas consecuencias. Porque la producción industrial en serie, la contratación en masa que es su secuela, la normalización y racionalización de las técnicas y la extensión de los signos distintivos a los productos, servicios y firmas imponen como consecuencia que la determinación del objeto que circula en el tráfico mobiliario se opere no por una discusión pacífica y generosa en el tiempo sino a través de una denominación que responde a unas especificaciones perfectamente conocidas, calificadas y hasta homologadas en el ámbito internacional.

Todo ello es algo que, en mi opinión, no puede desconocerse. Y si una disciplina de la publicidad no es por supuesto el lugar adecuado para afrontar estos temas, no resulta impertinente señalarlos para poner en evidencia la necesidad de que se vea en el fenómeno una técnica de aproximación de los futuros contratantes y de que, en cuanto tal, no puede carecer de eficacia jurídica.

Se ha hablado aquí de la improcedencia de partir de unas categorías formales de publicidad que resuelvan apriorísticamente las cuestiones. Porque efectivamente tanto

en los supuestos de publicidad informativa como en los de promocional pueden reconocerse los requisitos y darse las circunstancias que abonen la solución de calificarlos de verdadera oferta de contrato.

Si rebasamos el angosto sentido en que se entiende el concepto de declaración que el Profesor DE CASTRO denuncia, creo que en las tesis de tan insigne maestro pueden encontrarse bases seguras para la inducción de una regla que relevando de una revisión casuística pero dogmática, se aplique en cambio en cada caso concreto de la vida real.

Y, en este sentido, no puede ser más adecuado a nuestra materia el término que el Profesor DE CASTRO introduce para superar las insuficiencias de las teorías voluntaristas y declaracionistas en el negocio jurídico. Hablar de "conducta significativa" resulta ciertamente apropiado en relación con la publicidad que si es algo en sí es una comunicación significativa. Nada más adecuado para nosotros que resaltar "el significado esencial de la declaración de voluntad" para sustituir este concepto por el de "conducta expresiva", que destaca la primacía de la valoración social que a esa conducta corresponde. (16).

Y no deja de ser muy -permítase el juego- "significativo" que cuando el Profesor DE CASTRO alude a



"actos significativos de oferta" los ejemplique en "los cuadros de salidas de trenes y autobuses, el anuncio en el escaparate, la etiqueta con el precio, los mostradores" y cuando alude a "actos significativos de aceptación" se recoja el caso de la apertura de las hojas de un libro que se recibió sin haberlo solicitado previamente (17). Como se advierte son todos ellos modalidades publicitarias que no agotan, desde luego los múltiples supuesto que pueden presentarse.

No pretende desde luego decirse nada original al plantear la necesidad de calificar cada mensaje publicitario de acuerdo con los resultados de justicia que la eficacia jurídica comporta, adecuando a ellos los conceptos más idóneos de la ciencia del Derecho. Sin ceder a la fácil tentación de proceder inversamente. Los dogmas jurídicos solo son válidos en la medida que son eficaces para la convivencia, pero aferrarse a ellos por su tradicional formulación conceptual puede llevar peligrosamente al Derecho a separarse de la vida y a constituirse en un orden cerrado y autosuficiente que tendrá valor como pieza arqueológica de una cultura, pero no, desde luego, como instrumento de armonía de la humana convivencia.

Ciertamente que en la más significada doctrina se aprecia la orientación de medir el valor de la oferta al

público en cada caso. Pero con la revisión de los planteamientos desde la teoría del Profesor DE CASTRO me parece que quedan atendidos todos los aspectos que en esta cuestión se plantean.

Partiendo inexcusablemente de que el mensaje debe reunir los elementos objetivos indispensables (18) subsisten las dificultades de la indagación de la voluntad de obligarse; de las reservas con que ha de acogerse el anuncio por los límites de cantidad y plazo y de la no identidad posible entre el anunciante y la persona a la que los destinatarios se dirigen para concluir el contrato. (19).

Pero todas esas dificultades innegables quedan salvadas desde que la declaración negocial se contempla desde la óptica de su expresividad social. Porque si nos sirve para investigar la intención de obligarse del anunciante, también da respuesta a las implícitas reservas con que por el público se acogen sus mensajes. Y, lo que es más importante, creo que es suficiente para facilitar la comprensión del tercer orden de dificultades sin necesidad de recaer en posiciones doctrinarias. Pero este merece algún comentario.

En una gran mayoría de casos, una será la persona que ordena la instrumentación del acto publicitario y otra

u otras las que por su virtud vean de hecho potenciados sus propios negocios. Pero es conveniente partir de dos datos de la realidad prejurídica, en relación a la publicidad instrumento del tráfico en masa.

Uno es la organización en sí del tráfico que se escalona desde el productor del bien hasta el consumidor final a través del mayorista y detallista. Realmente, atendida la comercialización del producto, no puede decirse que el productor encuentre satisfacción a su necesidad de colocarlo sino en los supuestos en que realmente ha salido de la disponibilidad de quien ocupa el último escalón en la cadena, esto es, desde que ha sido adquirido por el consumidor. Precisamente por ello, el productor se ocupa de multiplicar sus puntos de venta en el mercado y de favorecer en éste la demanda del bien. Ambas finalidades son servidas por la publicidad, No es insólito, sino al contrario, que el productor o fabricante instrumente sus acciones publicitarias mirando fundamental y primariamente a la extensión de su red de ventas que se ve estimulada con el apoyo que encuentra en la publicidad, en cuanto multiplicara a todos los niveles el movimiento comercial.

De hecho las grandes campañas publicitarias -y es algo que puede constatarse en la realidad y que conocen

sobradamente los técnicos consultores en marketing - son asociadas por los fabricantes.

Tal organización fáctica no sería concebible en sus actuales manifestaciones si no viniera además a sumarse el importante factor que implica el juego de los signos distintivos y, especialmente, la marca. Esta convierte al producto en centro de referencia de una organización determinada. Si no fuera por las exageraciones siempre temibles, podría decirse con tanta imprecisión como grafismo, me parece, que la marca permite como una personificación del producto, respecto del que cabe adoptar diversas "posiciones" en el sector del tráfico. Las efectivas operaciones sobre un producto marcado implican una adscripción de quien las efectúa al ámbito de la organización concreta que va desde la obtención del producto a su colocación al último consumidor. Prescindiendo de las específicas relaciones jurídicas que vinculen a todos cuantos participan en aquellas operaciones, desde una valoración social, todas esas personas se encuentran en una idéntica "posición" en virtud de su referencia al producto marcado.

También ahora esa valoración social debe encontrar su traducción en una solución jurídica.

En mi opinión, esta observación de la realidad sitúa la cuestión fuera de cualquier generalización. Por el con-

trario, las soluciones serán tan variadas como múltiples pueden ser los elementos significativos que se descubran en cada acto de publicidad que se instrumente en favor de los productos de marca.

No es raro el caso, por ejemplo, que un anunciante se refiera a que tal o cual producto puede adquirirse en la "red de concesionarios". No parece que pueda dudarse en tales supuestos de que la cualidad de "concesionario" es una situación o "posición" de hecho que convierte a quien la disfruta en verdadero emisor de la comunicación publicitaria. Más elocuentes serán todavía aquellos supuestos en que nominativamente se expresen los sujetos que están en situación de contratar sobre el bien o servicio de que se trate.

De suerte que si alguna regla general puede formularse me parece que debe ser aquélla que desligue por completo el carácter de anunciante de la persona que efectivamente encarga la ejecución del acto de publicidad, si se quiere, en términos más vulgares, de la persona que materialmente costea el anuncio. Y esa regla podría formularse jurídicamente sosteniendo que es anunciante y, por consiguiente, emisor de la declaración relativa al negocio principal, toda persona que aparezca -expresa o por su posición- como portadora de tal carácter, esto es, como beneficiaria de la ac-

ción publicitaria. (20).

Este criterio sí parece suficientemente seguro, por encontrar su fundamento en la significación social que entrañan tanto unas determinadas expresiones cuanto el encontrarse en una nctòria situación o "posición" en la organización del tráfico. Ningún otro criterio generalizador parece eficaz, y menos aquél que pretendiera centrar la cualidad de anunciante en quien costee la difusión del mensaje, porque, además, en la vida real los presupuestos económicos para las inversiones publicitarias suelen dividirse entre todos aquéllos que tienen un directo interés en la promoción de las mercancías o servicios sobre los que recaen. Se estará en todo caso en un supuesto de pluralidad de anunciantes, pero ya es sabido que ello no entraña especialidad alguna respecto a la calificación del acto como publicitario en sentido legal.

Reconocida, por consiguiente, la inconveniencia de cualquier conclusión generalizadora en materia de la calificación del acto publicitario como oferta contractual -tanto por sus características estructurales y teleológicas como por lo relativo a la persona del anunciante- es forzoso admitir que el intérprete y, en especial, a los Organos Jurisdiccionales corresponderá en cada caso determinar si el acto en concreto incorpora o no una verdadera oferta de contrato en sentido

técnico. Parece entonces ocioso un exámen normenorizado de las diversas formas publicitarias que ninguna luz podría arrojar, aunque la forma y el medio empleado sean elementos imprescindibles para la calificación. Que únicamente estará vedada cuando se proponga favorecer un contrato en el que adquiere relieve singular el "intuitus persone" (21).

b) El acto de publicidad como comunicación de una intención negocial.

Fuera de los supuestos que permitan considerar al acto de publicidad como oferta contractual, es posible todavía plantearse su incidencia en la formación del contrato en un plano más genérico.

Considerada la publicidad unitariamente como un "hacer" parece que esta conducta del anunciante entraña en sí misma una carga suficientemente significativa del deseo de concluir un contrato.

Lo que primariamente "comunica" un acto publicitario es la intención negocial del anunciante. Pero es ésta una intención genérica de concluir negocios. Aun cuando se niegue la calificación de oferta contractual, se admite sin embargo que el acto de publicidad comporta una iniciativa en el proceso de la contratación. No otra cosa significa sostener

que constituye una invitación para ofrecer (22).

No se trata de investigar si el hecho de la publicidad constituye al anunciante en situación permanente de oferta cuando sea comerciante (23) ni, mucho menos, si el serlo comporta ya esa posición que es cosa que ahora no puede interesar.

Reconociendo en el mensaje la conducta expresiva de concluir negocios, aunque no sea una oferta de contrato en sentido técnico, no puede negársele una cierta eficacia jurídica. (24).

La regla nos viene dada también - como es lógico por ser desarrollo del planteamiento general - por el Profesor DE CASTRO, que la formula diciendo que "quien actúa socialmente ha de hacerlo responsablemente, responsabilizándose de su conducta". (25).

Dando ahora al término su sentido etimológico, creo que puede decirse que la primera "respuesta" que se exige al anunciante es la que se dirija a completar o explicar el específico alcance de su conducta.

Tomada la iniciativa del negocio por el anunciante se pone sobre él la responsabilidad de explicar su acto publicitario y de fundamentarse en una justa causa.

Regla ésta que no solo es de aplicación, como se



ha visto, en relación a quien apareciendo como anunciante no desea que se le impute la declaración, sino que además, de modo más amplio, tiende a eliminar que se cree en el público una apariencia capaz de engendrar una confianza que podría verse defraudada. Porque en esta materia se hace más evidente que en ninguna otra la vieja apreciación de SAVIGNY de que "el ordenamiento descansa en que se pueda confiar con certidumbre en aquellos signos mediante los que los hombres se ponen en relación viva y recíproca."

Y evidentemente la ruptura por parte del anunciante de los tratos iniciados desencadena el mecanismo de la responsabilidad precontractual (26). Me parece muy adecuadas las palabras de PUIG BRUTAU de que "en caso de culpa in contrahendo no se trata de una promesa que sea vinculante porque las partes hayan llegado a un acuerdo, sino que la vinculación existe porque es la manera que se considera mejor para evitar una injusticia." (27).

Por mi parte me permito señalar que el criterio de la culpa que preside en nuestro Derecho esta materia (28) debe entenderse revisado en cuanto que la creación de la apariencia de una intención negocial reticente o no oportunamente explicada y el rehusé injustificado a contratar ponen sobre el anunciante la responsabilidad de su conducta.

c) El acto de publicidad y el contenido del contrato.

Si el acto de publicidad es siempre y en todo caso una iniciativa en el iter contractual no parece que pueda desconocerse su transcendencia en las manifestaciones de voluntad que propiamente forman el contrato.

Si siempre la argumentación publicitaria es una declaración estimulante de las decisiones de contratar de los destinatarios, en ocasiones es, incluso, condicionante de las declaraciones negociales que éstos emiten. La argumentación publicitaria puede de hecho contener unas expresiones que releven al anunciante de la necesidad de argumentar singularmente sobre determinados extremos tales como composición del producto, especificaciones técnicas, medidas o cantidades, precios, horarios, etc., En el tráfico de masa, presidido por el volumen de las operaciones y su rápida liquidación, el fenómeno publicitario significa una argumentación al público que sustituye las singulares y aisladas que la conclusión de cada contrato comporta.

Cabe afirmar, por consiguiente, que la argumentación publicitaria es idónea a preconfigurar el contenido de la contratación principal. La mayor transcendencia residirá obviamente en las expresiones descriptivas del mensaje, puesto que

las propiamente sugestivas, aunque también influyen -en ocasiones terminantemente- en la decisión del destinatario, surten su eficacia en el campo de las determinaciones psicológicas, irrelevantes para el Derecho. (29).

Incluso alguno de los Autores más remisos a admitir una calificación jurídica de la publicidad desde los supuestos del derecho de obligaciones, no dudan en plantearse, sin embargo, la relevancia que tiene como complemento del contenido del contrato. (30).

La preconfiguración de éste deja sentir sus efectos en un doble ámbito. De un lado, en cuanto que la publicidad comporta, como es sabido, una cierta presunción de conocimiento. De otro, porque quien formula sus declaraciones debe quedar responsable de las mismas.

Un mensaje de publicidad implica la presunción de que lo que en él se expresa es conocido del público, y constituye, por lo tanto, una materia sobre la que recae el consentimiento de los destinatarios cuando formulan, a su vez, sus declaraciones de voluntad (31).

Ahora bien, en modo alguno pueden anudarse al fenómeno publicitario unos efectos semejantes a los que el Derecho establece para las instituciones de publicidad de situaciones jurídicas. Ni las presunciones que en nuestro campo

se descubren pueden contar con una eficacia superior a las de aquéllas que admiten prueba en contrario. Si quien con el anunciante contrata llega a probar que desconocía el mensaje, no podrá considerarse que lo tuvo en cuenta al emitir su declaración (32).

Inversamente, parece que los mensajes publicitarios podrán ser invocados como sustentadores de declaraciones que, por su influjo en las de los destinatarios, han contribuido a una formación viciada del consentimiento, que los Tribunales de Justicia apreciarán en cada caso, como cuestión de hecho. (33).

d) El acto de publicidad como declaración unilateral de voluntad.

Corresponde ahora examinar el valor jurídico de aquellos actos publicitarios que consisten en la formulación de incentivos para el contrato, pero que permanecen ajenos a la determinación de su objeto y demás circunstancias relativas a su perfeccionamiento y ejecución.

Se trata de supuestos de la llamada publicidad promocional que se reconducen a los generales de promesa al público de recompensa y del concurso con premio.

No hace falta destacar la verdadera trascendencia práctica que ambos sistemas tienen en la vida publicita-

ria. Las formas concretas que pueden conocer y que conocen de hecho, son variadísimas, tanto por el sistema en sí, más o menos complejo o simple, como por los premios mismo que pueden consistir incluso en la perfección de un contrato.

Se entra así en el campo de la dogmática de la declaración unilateral de voluntad, entendida en su sentido técnico-jurídico de negocio vinculante para quien formula la declaración.

Inicialmente parece necesario referirse a la problemática planteada en torno a si el negocio jurídico unilateral -que, como es sabido, no tiene nada en común con el contrato unilateralmente obligatorio- es admisible dentro de las categorías positivas de las fuentes de las obligaciones. Ampliamente se ha ocupado de ello la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido varias ocasiones de pronunciarse sobre el tema.

No es éste, por supuesto, el lugar adecuado para un desarrollo general del problema. Baste señalar que la doctrina sostiene que ni el artículo 1.089 del Código Civil contiene una enumeración exhaustiva de las fuentes de las obligaciones, ni la admisión de la declaración unilateral de voluntad como productora de ellas comporta un atentado al sistema positivo.

Aun con todos los reparos que pueden oponerse, y que de hecho se formulan, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por no haber sentado las bases claras de una configuración doctrinal y por haber en ocasiones confundido conceptos separables (34), es obvio que permite deducir la simple consecuencia de que para el más Alto Tribunal no existe obstáculo insuperable en el sistema positivo para las consideraciones de la declaración unilateral de voluntad como productora de efectos obligatorios, esto es, para considerarla como vinculante.

Partiendo entonces de esta piedra angular que abre el camino a la construcción dogmática, la doctrina reconoce, al menos, la eficacia jurídica de los supuestos de la promesa pública de recompensa y del concurso con premio. (35). Reconocer esta eficacia jurídica supone que por el mensaje publicitario en que se contenga la promesa al público de que el anunciante prestará a condición de que otro preste, o que se formule conteniendo las bases y circunstancias de un concurso, el anunciante queda obligado por su sola declaración, y frente a todo el que efectivamente realice la prestación o participe en el concurso, que se contemplan como supuestos de hecho condicionante.

La prestación de uno de los promisorios no es aceptación en sentido técnico sino ejecución del supuesto de

hecho que constituye la condición de la promesa, no siendo necesario, por consiguiente, que el promisorio haya actuado en vista de la promesa, sino que es suficiente que efectivamente haya obrado de hecho como en aquélla se preveía. (36)

En la valoración social que merece la conducta típica sitúa el Profesor DE CASTRO la causa suficiente del negocio jurídico que es la declaración unilateral de voluntad. (37).

Es fácil advertir que toda esta temática no puede trascender el marco de la significación social de las conductas y, en definitiva, el de la protección de la confianza despertada en los destinatarios de los mensajes.

En términos generales, la doctrina al enfrentarse con el problema de la promesa al público -adviértase que también el concurso con premio es una forma de promesa-, y al reconocerle su fuerza vinculante, se apoya en base sociológicas y aduce razones de seguridad del tráfico y de protección de la buena fe. (38).

La admisión de la declaración unilateral de voluntad está en función de la obtención de un resultado socialmente deseable que no se puede alcanzar por otros medios (39). Se deben aceptar entonces aquellos supuestos que al no admitirse como vinculantes y susceptibles de resolverse

en caso de incumplimiento en una responsabilidad del promitente, se impediría dar satisfacción jurídica a una necesidad socialmente sentida. (40)

Naturalmente que las declaraciones contenidas en los mensajes han de reunir los requisitos que vienen exigidos con carácter general a la declaración de voluntad a la que se anudan unos efectos jurídicos. Y tampoco ahora es obstáculo el móvil o fin del anunciante, esto es, el reclamo, puesto que como motivo es ajeno a la calificación jurídica, por inscribirse en la esfera de la investigación psicológica del declarante que cae fuera de la interpretación jurídica. Pero sí en cambio será menester que la declaración se formule con el carácter de seriedad imprescindible para que en los destinatarios produzca la convicción de la obligatoriedad del cumplimiento (41), sin perjuicio, sin embargo, como afirma el Profesor DE CASTRO, de que, por el mecanismo de la responsabilidad negocial, sea posible anudar a la simple apariencia las consecuencias jurídicas de la verdadera declaración negocial. (42).

Ciertamente que ninguna especialidad entraña el hecho de producirse publicitariamente la promesa respecto a las consecuencias que en orden a la revocabilidad y responsabilidad del declarante se señalan por la doctrina. La libertad de la revocación, la valoración, en su caso, del plazo, la



forma en que haya de producirse, la responsabilidad por el incumplimiento o por la revocación extemporánea, no presentan especialidad alguna, como tampoco se presentan en orden al interés positivo o negativo que por el cauce de la responsabilidad se satisface. Son todas ellas cuestiones que deben enjuiciarse en el ámbito general de las instituciones correspondientes.

B) La calificación del mensaje y el Estatuto de la Publicidad.

Ninguna norma contiene el Estatuto de la Publicidad específicamente relativa a las cuestiones planteadas. Y es perfectamente lógico, puesto que una ley especial no debe rebasar la disciplina de la materia que le es propia. Pero por lo mismo, del silencio del Estatuto no debe sacarse la conclusión de que el mensaje publicitario carezca de relevancia jurídica como declaración negocial.

Por otra parte, no puede negarse que cualquier "dignificación" de la actividad publicitaria -y a ello tiende el Estatuto- refuerza las posiciones doctrinales que vean el mensaje como susceptible de una calificación de declaración de voluntad bien directamente negocial bien con consecuencias negociales. El hecho sociológico de la contratación de masa que exige una masiva publicidad, no puede desconocerse en una

valoración jurídica del tráfico, y de su instrumentación a través de los contratos o negocios.

Siempre, desde luego, permanecerá válida la tesis de que, precisamente por su incidencia en el tráfico de masa, la publicidad, en este orden de cosas, debe disciplinarse desde los criterios de la masa, enjuiciándola tanto desde criterios administrativos como penales. Pero sinceramente ya no me parece tan indudable que la valoración del mensaje sea ajeno a los principios civiles del negocio jurídico.

Si en términos generales parece cierto que cualquier "dignificación" de la publicidad pretende primariamente tutelar el general interés a que se mantenga un mercado limpio y transparente, tal limpieza y clarificación solo puede, en verdad, obtenerse si se refuerza la fiabilidad en los mensajes publicitarios, aumentándose de ese modo la confianza de todos y cada uno de los destinatarios en sus argumentaciones.

Y estas consecuencias que se deducen del sistema legal, se encuentran incluso potenciadas en alguno de sus preceptos. Así el artículo 82 del Estatuto que impone la exigencia de la veracidad en los mensajes publicitarios. Desde luego, que también ahora se está contemplando la repercusión social indiscriminada que la publicidad tiene, antes que una prevención contra el engaño, como dolo y error de una parte en el contrato.

Pero no puede negarse que en todo caso está latente la concepción de que una publicidad engañosa supone una conducta dolosa capaz de determinar a otra persona a realizar alguna cosa, que, en el caso concreto, es, precisamente, contratar.

Pienso por consiguiente que una disciplina jurídica rigurosa de la publicidad induce a ver en ella sobre todo la "conducta" expresiva del anunciante que determina la posible aplicación a la misma de las reglas nacidas para las declaraciones negociales, que se traducen en los supuestos generales de responsabilidad, según la calificación en concreto que merezca el acto. Que nunca deberá ser tratado como un mero acacimiento sin relieve en el comportamiento de los destinatarios desde la óptica de sus propias declaraciones negociales.

Respecto a la calificación de declaración unilateral de voluntad del concurso con premio, se encuentra en el Estatuto la norma del artículo 39 que establece la presunción de que, convocado un concurso entre varias Agencias para adjudicar a una de ellas la dirección de la publicidad del anunciante, existe un pacto por el que éste debe pagar a aquéllas los gastos que se les hayan originado.

### C) Supuestos especiales.

Cuanto se ha dicho en el epígrafe anterior vale pa-

ra aquellas especiales disciplinas impuestas preceptivamente respecto a la actividad publicitaria que favorece la contratación de determinados bienes o que se desarrolla a través de concretas manifestaciones.

Destaca como más importante, por sus repercusiones sobre bienes inestimables como son la salud y la vida, las regulaciones de la publicidad relativa a productos alimenticios y fármacos.

Importancia sustancial tienen también aquellas especiales disposiciones sobre actividades publicitarias relativas a bienes muy directamente vinculados a las mayores necesidades humanas -vivienda- o a la necesidad de una confianza especialmente cualificada, como es el caso de los servicios de bancos o banqueros y compañías aseguradoras. Sin olvidar, claro está, la especial disciplina de la publicidad de productos dirigidos primariamente a los niños.

No me voy a ocupar aquí del alcance específico de cada una de las disciplinas a grandes rasgos señaladas, puesto que otro parece ser su encuadre sistemático. Pero sí importa destacar ahora que en todos estos regímenes -alguno muy anterior a la aparición del Estatuto- se descubre la consideración del mensaje como influyente de modo directo en las declaraciones negociales de los destinatarios.

Porque no puede olvidarse, me parece, que, en último análisis, una disciplina publicística de la publicidad descansa en la potencialidad evidente de su influjo en todos y cada uno de los que siendo sus destinatarios pueden venir determinados a contratar con el anunciante en base a sus argumentaciones publicitarias.

## II - EL ACTO DE PUBLICIDAD Y LA COMPETENCIA.

No es éste el lugar adecuado para un planteamiento general de la problemática de la competencia. Pero sin embargo, sí parecen convenientes unas observaciones que ayuden a centrar la significación de la publicidad en el ámbito de fenómeno tan importante.

Gráficamente el término español "competencia" evidencia su naturaleza de lucha o esfuerzo frente a otro u otros, por la conquista de algo. El Profesor GARRIGUES precisa que "en economía, esta lucha es por la conquista del cliente".

Al hablar de competencia a través de la publicidad se adopta la perspectiva del anunciante por su posición frente a cuantos están en situación concurrencial. O, en otros términos, se parte del valor meramente instrumental del ac-

to publicitario respecto de la actividad económica principal del anunciante que es la que define la relación de competencia.

Y por este camino se concluye que la publicidad es un supuesto más del fenómeno general de la competencia (43), en el que resalta la exigencia de una valoración por los criterios de lealtad.

La doctrina y la jurisprudencia, de acuerdo con los sistemas positivos, han formulado sus construcciones en relación a la publicidad partiendo de tal consideración. Incluso los supuestos de la competencia han sido generalmente los únicos que se han tenido en cuenta por los juristas que se han ocupado de estas cuestiones.

Ahora bien, pienso que tal consideración ha obedecido a la inexistencia de un tratamiento jurídico positivo unitario del fenómeno de la publicidad (44). Pero que, entre nosotros, la promulgación del Estatuto autoriza, y en muchos aspectos exige, unos planteamientos propios.

Y en este orden, me parecen útiles dos consideraciones de principio, que son anverso y reverso de una sola. La de que el régimen de la competencia no agota la disciplina jurídica de la publicidad.

De un lado, porque no necesariamente se conec-

ta el fenómeno publicitario a una situación competitiva. De otro, porque aun en los supuestos que sea así, me parece que excede el ámbito de los principios que se establecen en vistas de la concreta relación concurrencial por incidir en el general que rige el sistema mismo de la competencia.

La publicidad, como es sabido, se define por su esencial función de atracción de futuros contratantes, con independencia de que el anunciante se encuentre o no en efectiva situación concurrencial. Y si creo que siempre es así, no podrá negarse entre nosotros, puesto que el acto de publicidad lo es aunque se ejercite por quien no tiene cualidad profesional específica y a favor de un aislado e irrepetible contrato, excediendo, en suma, el ámbito de la llamada publicidad comercial.

Sea cual sea la solución que se adopte en torno a la debatida cuestión de qué deba entenderse por situación de competencia -tanto desde el punto de vista de los sujetos que intervienen como desde el objetivo de la sustituibilidad, proximidad o complementariedad de los bienes en sí-, será posible descubrir finalidades publicitarias fuera de los supuestos de hecho de aquella situación. (45).

Situándose la finalidad del acto publicitario en una determinación de los destinatarios para contratar, a lo que realmente se vincula de manera indisoluble es la tarea

de planificación que comporta en todo caso lo que expresivamente se ha denominado "manipulación de la demanda específica", una de cuyas armas es la publicidad, a la que no podría renunciar por seguir el ejemplo propuesto por GALBRAITH, ni el único fabricante de automóviles que quedara en el mercado (46). Descubriéndose entonces que importa muy poco el modo como aquella tarea se realice en efecto, y que su inspiración parta del propio Estado o, descentralizadamente de las unidades racionalizadas de producción y de servicio para el mercado. Lo que explica que sistemas económicos no fundados en el principio de libre competencia acudan, sin embargo, en progresiva medida a la publicidad (47). Puesto que desde que se decidieron por la "mantequilla" además de por los "cañones", no puede prescindirse de los hábitos, de los gustos o de las preferencias de los consumidores.

No me parece, por consiguiente, que publicidad y competencia sean conceptos indisolublemente vinculados en el terreno de los principios. Afectando aquélla a conjuntos de intereses y de valores distintos a los de la última.

Pero, por otra parte, cuando efectivamente se produce la conexión entre una y otra, creo que se advierte antes en el plano genérico del principio inspirador del sistema de competencia que en el específico círculo de las concretas rela-



ciones competitivas. Y desde luego, por lo que aquí puede importar, entendiendo aquél principio en su traducción jurídica como marco que el Derecho instituye para salvaguarda del criterio económico que fundamenta un sistema de libre competencia. El dogma de la soberanía del consumidor y el mecanismo del mercado solo son posibles cuando el Derecho formula sus propios principios de libertad e igualdad de los competidores, en base al fundamental de libertad de comercio, industria y profesión. (48)

Entiendo que es dentro del marco jurídico de la competencia misma donde la publicidad debe merecer su valoración. Creo que partir de aquí es ser consecuente con la aguda denuncia del Profesor GARRIGUES de que los juristas solemos preocuparnos de la patología de la competencia antes de lo que es en su estado de salud. Porque ciertamente averiguar si un concreto acto publicitario es o no ilícito desde la disciplina de la competencia me parece empeño subsiguiente a determinar el grado en que se afecta la competencia misma por cualquier acto de publicidad prescindiendo de su ilicitud. Que es planteamiento que, a mi juicio, condiciona inexcusablemente la misma calificación del acto, en cuanto suministra los criterios adecuados para ella.

Desde criterios económicos la publicidad es un

factor que introduce imperfección en la competencia, al pretender y conseguir una diversificación del mercado y al auspiciar la posible separación de facto del resto de los competidores por parte de quien ocupando ya una posición dominante -o alcanzándola gracias a ella- convierte parcialmente sus utilidades en nuevas acciones publicitarias. (49)

Pero ha de advertirse que la diversificación del mercado generalmente estará desligada de realidades objetivas y demostrables, produciéndose solo por apreciaciones subjetivas a través de los procesos psicológicos. La publicidad invade el campo del viejo dogma de la soberanía del consumidor. Pensar hoy que es él quien decide con su consenso quien debe prevalecer en el mercado es cierto solo en el campo de los principios, puesto que son sus preferencias las que dan a unos u otros el triunfo. Pero eso no quiere decir que sean los mejores quienes prevalezcan, sino, en muchas ocasiones, los mejor preparados para la lucha publicitaria, que desligada de motivaciones racionales y objetivos solo produce el espejismo de que los bienes se diversifican y mejoran. (50)

Superado el ingenuo naturalismo que ve en el mercado el mecanismo de la automática recuperación del equilibrio, la norma jurídica se convierte en factor imprescindible para alcanzarlo. Y por la misma razón, debe también des-

prenderse de la mera significación formal para actuar como tal factor decisivo.

Si los principios que inspiraron el sistema de mercado continúan siendo válidos, no creo que una mera ilusión formal de que se mantienen de satisfacción cumplidas a las exigencias que los motivaron.

Lo decisivo en el momento de articular una disciplina jurídica de la publicidad es partir de su trascendencia en las fluctuaciones de la demanda final, que ponen en trance o, al menos, inciden en los mecanismos y principios del sistema. No creo equivocarme al decir que a ello se refiere el Profesor GARRIGUES cuando, con la precisión y claridad que le es habitual, sostiene que la publicidad ha cambiado el signo de la lucha en el mercado, que de serlo por la conquista de la clientela ha pasado a ser una guerra contra la clientela misma.

Este me parece el aspecto capital que descubre la publicidad para el Derecho. Y, por lo tanto, el que debe prevalecer en la contemplación y sobre todo en la interpretación de las normas positivas.

En este planteamiento creo que se rebasa ampliamente el criterio de sostener que la publicidad es un mero instrumento de la lucha entre competidores que merezca enjuiciar-

se simplemente desde los intereses de éstos y según los principios de lealtad. Ello puede ser válido -y lo es sin duda- para otros supuestos de la lucha. Pero el singular relieve de la publicidad cuando se conecta a la competencia, exige, en mi opinión, un singular tratamiento en el que se deben utilizar o no los conceptos acuñados para muy diversas circunstancias según resulten o no adecuados a los valores que aquélla compromete, y, en la medida que no lo sean, no me parece que se deba ser excesivamente escrupuloso al rechazarlos extrayendo de su ratio última los nuevos conceptos y técnicas que satisfagan en la circunstancia concreta los valores amenazados. Entre los que se encuentran desde luego, los que afectan a los competidores del anunciante, pero no con carácter exclusivo y ni siquiera preeminente. Y que se harán manifiestos además solo en las ocasiones en que el acto publicitario se conecte a una situación de efectiva concurrencia.

En resumen, porque el acto de publicidad no se vincula en todos los casos a una de esas situaciones y porque aunque así ocurra afecta a muy diversos conjuntos de intereses, creo que no puede reducirse su disciplina al ámbito de la aplicable a cualquier actividad de competencia. Lo que no quiere decir que nunca muestre su incidencia en los principios y mecanismos de la competencia misma. Supuestos para

los cuales parece indispensable que su disciplina procure ante todo la satisfacción de las exigencias a que responden aquellos principios como inspiradores del orden económico. Sin perjuicio de que en los casos en que el acto de publicidad lo sea propiamente de competencia por la situación del anunciante frente a los demás, deban éstos resultar igualmente protegidos.

El Estatuto de la Publicidad no deja de contemplar el fenómeno en su vinculación a la competencia. Y desde que ésta es libre, libres son los actos publicitarios que se inscriben así en una actividad lícita. Que dejará de serlo cuando se produzcan en contravención de lo que es lícito en el ámbito de la competencia. Adquiriendo, consiguientemente relieve singular la calificación que pueden merecer por su modalidad en contraste con un leal proceder.

Pero ni el Estatuto reduce la disciplina de la publicidad a la que le es aplicable desde la óptica de la competencia. Ni creo que en este campo pueda ser interpretada la que instaure desconociendo la particular significación del carácter publicitario del acto como categoría específica dentro de los actos de competencia.

### III - LA EJECUCION DEL ACTO DE PUBLICIDAD Y LA COMPETENCIA.

En la ejecución del acto de publicidad, como es sabido, intervienen unos entes Agencias, agentes y medios, que, puesto que desempeñan una actividad para el mercado -los anunciantes-, quedan sometidos a la disciplina de la competencia.

No se trata ahora de descubrir cuál sea el grado de participación de estos entes en la actividad competitiva de los anunciantes a quienes sirven, sino de señalar que entre ellos mismos y en razón de la actividad que les es propia cabe hablar de situación de concurrencia.

En principio no es posible albergar dudas respecto de que las Agencias, los agentes y los medios de publicidad quedan íntegramente sometidos a la disciplina general de la competencia que se contiene en nuestro Ordenamiento.

Ya se ha señalado que cuando el Estatuto se refiere a la "actividad publicitaria", quiere expresar no sólo la estricta que se refiere a la promoción de los bienes del anunciante, sino que engloba también el conjunto de la instrumentación de aquélla. Es forzoso concluir, consiguientemente, que el régimen que la Ley establece en orden a la competencia al-

canza también específicamente a los sujetos que intervienen en la ejecución del acto de publicidad.

Otra cosa pugnaría además con la intención "institucionalizadora" que el Estatuto proclama, y dejaría desasistido de la mejor articulada disciplina de la competencia desleal que contiene al importante sector económico de las Agencias y Medios que precisamente evidencia a las claras la necesidad que de ella tiene. No debe olvidarse que la detallada reglamentación de los llamados "sujetos de la actividad publicitaria" obedece fundamentalmente a la finalidad de establecer una transparencia en el mercado de los servicios publicitarios, como nos recuerda el discurso de la Ponencia ante el Pleno de las Cortes en defensa del Proyecto.

Para mantener esta posición no es preciso violentar la normativa legal puesto que el propio artículo 1º del Estatuto se declara aplicable a la "actividad publicitaria", debiéndose entender en el sentido indicado.

Claro es que ello supone una evidente duplicidad de finalidades en las mismas normas según se proyecte su preceptiva sobre el círculo de los sujetos intervinientes en las instrumentaciones del acto publicitario, o sobre éste mismo en su consideración de acto de competencia del anunciante. Mientras en este último supuesto, la disciplina estatutaria solo al-

canza a regular no toda la actividad competitiva del sujeto sino solo la que efectúa en cuanto anunciante, en relación con las Agencias, agentes y Medios, la preceptiva legal se aplica con carácter general a toda la actividad que ejercitan estos entes, se desarrolle o no a través de actos de publicidad.

Ello es la consecuencia de que el legislador haya involucrado en un mismo texto la reglamentación general de la publicidad como fenómeno del tráfico patrimonial con la relativa a un sector profesional que desenvuelve su actividad en relación con aquélla.

No corresponde aquí hacer un análisis de la disciplina de la competencia referida a los entes que intervienen en la actividad publicitaria. Les es aplicable, desde luego, la contenida con carácter general en nuestro Ordenamiento y, especialmente, la que se contempla en el Estatuto, que es objeto de estudio en otro lugar de esta tesis al que me remito. (52)

#### A) La competencia entre los Medios.

No parece necesario advertir que solo es posible hablar de competencia en este ámbito si se refiere a los titulares de los soportes materiales del mensaje. La situación concurrencial se produce en virtud de su interés en obtener



el favor de los anunciantes, que se traducirá en ingresos, que o bien les son indispensables para el cumplimiento de sus fines -medios de comunicación social- o bien suponen marginales recursos a los que se obtienen por la utilización del soporte según su naturaleza -los ejemplos son múltiples: vallas en estadios, en autopistas, etc.-, o bien, finalmente, constituyen el beneficio esperado de una explotación mercantil que tiene por objeto precisamente la utilización de espacios a los fines publicitarios v. gr., empresas de publicidad exterior.

Conviene insistir en que de lo que ahora se trata es de descubrir el fenómeno de la competencia entre diversos medios de publicidad y no del acto publicitario de competencia que pueda realizarse a través de esos medios. El anunciante permanece al margen de la situación concurrencial que solo se produce entre los medios que se le ofrecen para sus mensajes.

Si se preguntara a un técnico publicitario, acaso negara la posibilidad de plantear esta cuestión, e, incluso, aun que los medios pertenecieran al mismo género, prensa, radio, exterior, cine, etc., Sus razones se fundamentarían en la técnica publicitaria estricta. Porque no debe olvidarse que ésta se ha ocupado con bastante intensidad -sobre todo en países de mayor volumen de inversión en publicidad, y de más

abolengo en estas prácticas- de medir y calcular lo que para sus efectos tiene importancia, a saber: desde la "audiencia" en general a la estratificación de la misma, según criterios variables de sexo, edad, etc. De suerte que, en rigor, podría sostenerse que siendo muy diversas las peculiaridades, en relación a cada tipo de acción publicitario, no se podrá hablar de concurrencia. (53).

No es ni posible ni útil entrar aquí en la problemática que se plantea en torno al concepto de "relevant market", que pertenece al análisis general del fenómeno concurrencial.

Pero, sean cuáles sean los argumentos "técnicos" que puedan oponerse, parece evidente que dentro del sector de los medios será posible advertir las circunstancias que determinan una situación de competencia. O lo que es lo mismo, que, por exactas que pretendan ser las mediciones prospectivas de la "penetración" de cada medio, en ocasiones, no podrán dejarse de observar los criterios que se señalan como indicadores de efectiva competencia. Y, en consecuencia, no resulta impertinente sostener en vía de principio que cabe perfectamente aplicar la doctrina y disciplina jurídicas de la competencia a los medios de publicidad. (54)

El problema más agudo se plantea actualmente

en relación a la explotación publicitaria del medio televisión, como, en general, de cualquiera cuya dirección y gestión corresponde al Estado.

Están muy vivas todavía las polémicas surgidas en este terreno, no solo en España ciertamente. Por lo que a nuestro país se refiere, la argumentación en contra puede resumirse en el ataque que los demás medios -especialmente la prensa- ven en una utilización de la televisión como -vehículo de mensajes, que supone una aplicación de los recursos financieros que manan de la publicidad capaz de poner en serio peligro la subsistencia de otros medios y por lo tanto su libertad.

Con independencia de la exactitud del argumento -muy discutible, al menos formulado en términos tan absolutos, desde criterios estrictamente económicos-, en cuanto se fundamenta en una pretendida defensa de la libertad de información, se advierte que no puede interesar aquí.

Desde una perspectiva publicitaria, es innegable, sin embargo, que el alcance de penetración de cualquier medio -en términos generales, sin referencia a casos concretos- por amplia que sea su audiencia, apenas resiste comparación con el poder sugestivo -en último término, con la potencia publicitaria- de la televisión. Supone ésta así un medio tan sin-

gular que se separa indiscutiblemente de los demás concurrentes en el mercado publicitario, que soporta, en consecuencia, la introducción de un factor de imperfección en la competencia, que se hace tanto más efectivo cuanto, a virtud de la vieja regaña, la gestión de la televisión corresponde en monopolio al Estado.

En mi opinión, desde los supuestos de la competencia en el ámbito publicitario -y sin perjuicio de otros aspectos que se considerarán más adelante-, lo que importa no es que se explote o no por el Estado, sino que se haga en régimen de monopolio, y que la transmisión se efectúe a través de dos canales de idéntico alcance y con igual dirección y régimen, y de simultánea contratación publicitaria.

Pero las consecuencias de esta situación se dejan sentir principalmente no tanto en el sector de la competencia entre medios como en el de la que se refiere al mercado general de bienes y servicios, esto es, a la competencia que se actúa, a través de la televisión, entre anunciantes y de cara a la comunidad social, por lo que me remito al lugar de esta tesis que trata de la cuestión.

#### B) La competencia entre las Agencias de Publicidad.

Acaso uno de los sectores económicos en donde

"la lucha por la conquista del cliente" -el anunciante- se muestre más encarnizada sea precisamente aquél en que desenvuelven su actividad las Agencias. Su mercado es fuertemente competitivo y no es entonces de extrañar que, en ocasiones, la actuación no esté presidida por criterios rigurosos de lealtad.

Por lo mismo, y porque muy a menudo por las propias Agencias se ha intentado establecer unas reglas de corrección, no parece ocioso insistir una vez más en que el Estatuto no se ciñe en modo alguno a regular la competencia entre esos entes, que, quedan sometidos a la preceptiva general positiva vigente. Sin perjuicio de que las alcancen las normas estatutarias por la directa referencia de su actividad específica a la amplia categoría legal de la "actividad" publicitaria (art. 10º en relación con el 6º).

Se ha dicho ya cómo el legislador tuvo presente la necesidad de introducir criterios de clarificación y ordenación en el mercado de las Agencias, y cómo a esta inspiración obedecen las normas que tipifican los "sujetos de la actividad publicitaria". Pero también se ha dicho que este primer paso para reglamentaciones profesionales ni agota la finalidad de la ley ni reduce la aplicación de sus normas al ámbito de aquélla ordenación.

Consiguientemente, tampoco debe reconducirse a este punto el análisis de la disciplina que el Estatuto establece de la competencia, que es de aplicación general a todo acto competitivo que se ejercita a través de una formulación publicitaria.

Pero con referencia a la competencia entre Agencias parecen oportunas unas observaciones. En primer lugar, porque la diversificación en tipos específicos y la exigencia de requisitos de índole jurídico-administrativa puede llevar a pensar que el no cumplimiento de éstos o la ampliación de hecho de las funciones que a cada uno de aquéllos corresponde suponen supuestos de ilicitud en la competencia. En un segundo aspecto, porque la "lucha" entre Agencias se plantea en la vida real en el campo de lo que se ha expresado como "guerra de los descuentos".

Se señaló en su momento la impropiedad que encierra referirse a la deslealtad en la competencia cuando se han transgredido normas que administrativamente se imponen para el ejercicio de cualquier actividad. No dudo en adscribirme al sector tan autorizado de doctrina que así lo entiende (55). La sanción de estos supuestos no se obtiene por la vía de la disciplina de la competencia sino por la administrativa que corresponda (56).

Ciertamente, tampoco la "guerra de los descuent-

tos" plantea problemas distintos a los que caben en la doctrina general de la competencia en relación a los precios. Es ésta una materia especialmente crítica porque no debe olvidarse que una de las metas que se propone la disciplina de la competencia es la de que se hagan posibles cada vez más ventajosas ofertas en el mercado. De suerte que en relación a esta materia, o la "guerra" descubre alguno de los supuestos típicos sancionados por la disciplina de la competencia, o, en otro caso, solamente será posible sancionarla de acuerdo con las normas que impongan con carácter general una disciplina administrativa sobre precios; o bien, según las autoreglamentaciones que las propias Agencias hayan adoptado, pero siempre, como se advierte, dentro de la reducida eficacia que les corresponda y sin trascendencia para la ordenación general del tráfico en este sector.

C) La competencia entre los Agentes de Publicidad.

Ninguna especialidad es de destacar en este punto. También a los Agentes les son aplicables las normas generales sobre competencia y las especiales contenidas en el Estatuto. (57) Sin perjuicio de que sus propias y privativas re-

glamentaciones profesionales resulten protectoras de una clarificación de sus actividades, que se exigirá, como siempre, por los cauces de los reglamentos.

D) La competencia entre los diversos entes.

Si para hablar de competencia es necesario partir de una situación concurrencial efectiva, parece que está ausente entre un medio y una Agencia, o entre una Agencia o un medio y un Agente de publicidad.

Todos ellos desempeñan una muy diferente función en la instrumentación del acto publicitario, y su intervención se articula a través de las figuras típicas de contratos. Si el desvío de clientela entre ellos se produce, constante la relación contractual, eliminando el medio a la Agencia o al Agente por caso, es obvio que estos encontrarán satisfacción por la vía del incumplimiento de contrato. Pero si en las mismas circunstancias, es la Agencia o el Agente - quien desvía la clientela del medio, estimo que no será posible tampoco reconocer un supuesto de competencia entre éstos y el medio, que tendrá a su disposición en su caso, los mecanismos jurídicos, que protegen el cumplimiento contractual; sin perjuicio de que sea posible descubrir un acto de compe-



tencia por parte de otro medio que se ha atraído hacia así la clientela con que aquél contaba, pero ya no se trata de competencia entre el medio y la Agencia o el Agente, sino de competencia entre medios, uno de los cuales ha desviado la clientela del otro.

Si no existe contrato alguno que vincule a los Agentes, Agencias y Medios, en mi opinión, tampoco cabe configurar supuestos de desvío desleal de clientelas entre ellos.

Pero fuera del ámbito de la deslealtad, no cabe sin embargo negar que pueden configurarse hipótesis de ilicitud en la competencia en el mercado publicitario entendido en sentido tan amplio como es necesario para encuadrar a todos aquellos que en él concurren, desde los anunciantes hasta los medios, pasando por las Agencias, y los Agentes. Tal ilicitud se producirá por la restricción posible de la competencia, siendo perfectamente pensable toda una teoría de prácticas restrictivas que, en cuanto tales, alteran el equilibrio concurrencial.

Naturalmente que a estos supuestos les son aplicables íntegramente las normas que con carácter general tienen a reprimir cualquier limitación abusiva de la competencia, y, en concreto, la Ley de 20 de Julio de 1.963.

Son varias las normas que se contienen en el Estatuto que se refieren a esta dimensión de la publicidad como ámbito de posibles restricciones a la competencia. Tales son, a mi juicio, las que se contienen en los artículos 12, 44, 45, 51 y 52.

Una vez examinadas, se llega a la conclusión de que responden a prevenir atentados a la "libre ordenación de la publicidad", como termina diciendo el propio artículo 52 del Estatuto.

Pero en estos casos no puede hablarse ya de deslealtad en la competencia sino de ilicitud en la misma por su tendencia a romper el equilibrio en la igualdad de los competidores en el propio mercado publicitario. Confundir la ilicitud con la deslealtad es confundir el género con la especie que ayuda a mantener un obscurecimiento en estas, ya de por sí, resbaladizas materias. No puede por consiguiente sostenerse que la "clarificación" de las posiciones de los "sujetos" que intervienen en la actividad publicitaria obedezca a criterios de represión de la deslealtad, (58) sino que se inspira primariamente en la necesidad de impedir que se introduzcan factores de obscurecimiento, que provocarían la aplicación de la disciplina de la competencia ilícita que lo es no por su deslealtad sino por suponer una restricción

a la competencia misma.

Las normas del Estatuto que se han citado tienen sustancialmente a prevenir contra los llamados "tying contracts" y contra las situaciones preferenciales que modifican el plano de igualdad de los competidores. Y ambas cuestiones no son de deslealtad sino de restricción de la competencia.

Que todo cuanto antecede es así, si no bastara el juicio dogmático de la más autorizada doctrina, quedaría probado mediante la disposición contenida en el artículo 5º de la Orden de 23 de Junio de 1.966, relativa a las "Normas a que deben ajustarse los contratos publicitarios del medio cine", que previene que cualquier reserva que quisiera formularse por el Estudio que realizó la película respecto a su difusión, quedará sometida a la calificación que corresponda según las normas de la Ley de 1.963.

El tema tiene una indudable trascendencia, porque confundidos los conceptos de ilicitud y de deslealtad, y teniendo en cuenta la actividad de fomento que se realiza de los sistemas de autocontrol de los interesados en la publicidad, es muy posible que en sus códigos morales y principios deontológicos, al amparo de la represión de los que se considera deslealtad, se acojan supuestos que por impli

car restricción de la competencia sean de por sí ilícitos y jurídicamente condenables. Así, por caso, no puede reprimirse como desleal cualquier acto que tienda a favorecer la formulación de ofertas ventajosas para el mercado, salvo que en él se den los requisitos que tipifican los supuestos de la deslealtad y siempre que se observen los principios de la libertad de competencia.

Claro es que, en todo caso, el acto competitivo ilícito o desleal no parece que pueda configurarse fuera del ámbito de los directamente competidores, esto es, de los que se encuentren en relación concurrencial, pero por referirse esta materia a supuestos que se desenvuelven con intervención de medios, Agentes y Agencias, ha parecido oportuno destacarlo aquí para intentar dejar sentado desde ahora mismo que en relación al "mercado publicitario" es de aplicación indiscutible la normativa general de nuestro Ordenamiento, y que ni las normas del Estatuto sobre competencia desleal son solo de aplicación a las Agencias, Agentes y Medios ni la disciplina jurídica de la competencia en materia publicitaria se agota en la señalada para la deslealtad en el propio Estatuto.

NOTAS AL CAPITULO V

- 1) Sólo en un sentido limitado puede admitirse la afirmación de LOUSTALAN de que "la publicidad es la técnica moderna de la venta". El mismo autor parece darle un alcance limitado al contemplar que el anuncio puede referirse a la compra o venta de mercancías, hacer una obra o prestar un servicio o encargar la obra o recibir el servicio (LOUSTALAN, op. cit. pág. 261 y s.). Lo cuál me parece también restrictivo.
- 2) Con claridad lo destaca el Profesor GARRIGUES en su tratado ..." cit. T. III. Vol. primero pág. 52 y s.. Son numerosas las legislaciones que se refieren a las declaraciones al público, aunque la nuestra guarde silencio.
- 3) Considero indiscutibles las palabras de CASAREGIS: "el que se compromete con el público, se compromete por ésto - mismo con los particulares; en otros términos, el consentimiento expreso que da a su compromiso con el público, incluye un consentimiento tácito de admitir a los particulares, cuya reunión compone el público, prevalerse de un tal compromiso". (en cita de C. TOESCA DI CASTELLAZO: "L'offerta al pubblico". Torino, 1.903. pág. 51, num.21). En el mismo sentido WEILER, op. cit. pág. 149.
- 4) El Profesor DE CASTRO expresamente utiliza el término - "probabilidad" cuando se refiere a la crítica de las teorías voluntaristas y declaracionistas en el negocio jurídico: - El Derecho "ha de contentarse con deducciones de probabilidad" (F. DE CASTRO: "El negocio jurídico". I.N.E.J. Madrid

1.967. pág. 62). Por mi parte, considero que las técnicas actuales relativas a los cálculos de la probabilidad se encuentran suficientemente desarrolladas como para que se tengan en cuenta por el Derecho que "es forma total de convivencia", como ya ocurre en relación con institución tan cardinal como el Seguro. Sólo que en estas materias -específicamente, la publicidad- la probabilidad no se refiere a hechos independientes de la voluntad humana, por lo que las técnicas serán las de la prospectiva y la programación.

5) G. GHIDINI: "Introduzione allo studio della pubblicità commerciale". Giuffré. Milano 1.968, pág. 34. No me parece siquiera que sólo se descubra un "elemento publicitario" en ciertas ofertas o invitaciones para ofrecer, como sostiene T. ASCARELLI ("Teoría ..." cit. pág. 221 y siguientes). No es que se advierta ese "elemento", es que el "modo" como - se propone la oferta o se manifiesta la invitación constituye por sí mismo, cuando es indiscriminado o sistemático, - un acto de publicidad por su estructura y por su fin.

6) De la magistral exposición del Profesor DE CASTRO en "el negocio jurídico" se deduce la dosis de arbitrariedad, dogmatismo o decisión de política jurídica que se contiene en cualquier estrecha compensación del concepto de declaración que suele entenderse en sentido "en exceso angosto" y "puntillista". (E. DE CASTRO: "El negocio..." cit. pág. 66).

7) Tal es el concepto de aceptación que se acepta por la doctrina y que así de simplemente se formula por ROCCO +

("Principios de Derecho mercantil. Madrid. 1.931 pág. 334").

8) Materia sobre la que existe muy abundante bibliografía.

9) Me parece que eso es lo que se deduce de la tesis sostenida por MOSSA cuando diferencia la oferta de la "reclame", listines, programas al público, que son simples invitaciones para ofrecer (L. MOSSA: "Dirito Commerciale". Parte prima - Milán 1.937. pág. 271).

10) "La cuestión en cada caso concreto está en decidir cuándo existe una verdadera oferta y cuando una simple invitación al público para que alguien formule sus ofertas" (J. GARRIGES: "Tratado ..." cit. pág. 53).

11) Así, PLANIOL-RIPERT: "Traité pratique de Droit Civil - Française" 2ª ed. T. VI. París 1.952, pág. 143 y s. En el mismo sentido J. VAN KEN: "Principes de Droit Commercial". Bruselas, 1.957 T. II pág. 224 y s.. En las dos obras citadas, los autores deducen una "función" de "reclamo" en las comunicaciones que no reúnan los requisitos objetivos esenciales para la calificación de la oferta.

12) Me parece el predominante en J. SANTOS BRIZ: "La contratación privada". Madrid. 1.966, especialmente en paginas - 102, 104 y 159 y siguientes.

13) El segundo párrafo del Art. 7 del Código suizo, el Código de Comercio austriaco, el de Colombia y el de Chile, como el art. 337 del viejo código alemán responden al criterio formal en cuanto niegan a ciertas categorías publicitarias el valor de ofertas contractuales.

14) En Alemania, se ha entendido por la doctrina que la nor-

ma no era coactiva sino una mera guía para la interpretación (vide G. ENDEMAN: "Manuale di Diritto Commerciale, marittimo, cambiario". Trad. italiana: Olivieri, Foà e Betocchi. Nápoles 1.903 Vol. II. pág. 553).

15) Se ha citado ya al Profesor GARRIGUES. En el mismo sentido, J. PUIG BRUTAU: "Fundamentos de Derecho Civil". T. II-I. Barcelona 1.954. pág. 205; J. CASTAN: "Derecho civil español común y foral". T. 3, 8ª edición I.E. Reus. Madrid. 1.954, pág. 412. Más tajante en su negativa es E. LANGLE: "Manual de Derecho Mercantil español". Barcelona, 1.959. - T. III pág. 40 y s., mientras que en la línea de flexibilidad me parece que puede situarse al Profesor A. VICENTE Y GELLA "Curso..." cit. 4ª ed. - Zaragoza, 1.960. pág. 418. Y creo que es la que sigue B. MORENO QUESADA: "La oferta de contrato". Barcelona 1.963. Se señaló más arriba que SANTOS BRIZ adopta una posición muy restrictiva y próxima a la de adopción de criterios de lógica formal, mientras que en el polo opuesto se sitúa L. MARTIN-BALLESTERO: "La manifiesta intención de obligarse y el Derecho nuevo". Madrid 1.963. especialmente pág. 119 y siguientes. En esta dirección - ocupa lugar de preeminencia A. BONILLA Y SAN MARTIN: "Sobre los efectos de la voluntad unilateral (propia o ajena en materia de obligaciones mercantiles". Madrid 1.901. Véase J. I. ARZILLAGA "Valor de las ofertas hechas a personas indeterminadas". Rev. D.M. 1.952 nº 40.

16) F. DE CASTRO: "El negocio..." cit. pág. 63ny 66 especialmente.



- 17) F. de CASTRO: *odem.* pág. 49 y 46 y 47.
- 18) Primer criterio que se acoge por la doctrina. De la nacional ya se ha hablado en nota 15 precedente. Por la extranjera U. NABARRINI: "Tratato - Teorico-practico di Diritto - Commerciale". Milan-Torino-Roma, 1.914. Vol. IV págs. 132 y siguientes; C. VIVANTE: "Tratatto di Diritto Commerciale" 5ª ed. Milan 1.926. Vol IV; más formalista se muestra V. SALANDRA: "Manuale di Diritto Commerciale". Milán 1.959. Vol. II, pág. 7 y 8; C. TOESCA DI CASTELLAZO, *op. cit.*; J. BONNECASE: "Elementos de Derecho Civil". Trad. española J.M. Cajica jr. México (D.F.) 1.945. T. II pág. 287; BAUDRY-LACANTINERIE: "Traité theorique et pratique de Droit civil". T.I. - pág. 38 y siguientes. París 1.900 (que incluso sostiene que el comerciante que se anuncia está en estado permanente de oferta); Ch. LYON-CAEN y L. RENAULT: "Traité de Droit Commercial" 2ª ed. T. III París 1.891, pág. 15 y 16; ESCARRA: "Les contracts commerciaux" T. I. París 1.953 pag. 69 y siguientes, VAN RYN; *op. cit.*; L. FREDERICQ: "Traité de Droit Commercial Belge". T. III 1.947. pag. 40 y siguientes; ENDEMAN; *op. cit.*, etc.
- 19) Casi la generalidad de la doctrina se refiere a las reservas con que han de ser acogidas las ofertas al público, que se ponen en relación con las diferentes modalidades que revisten: anuncios en prensa, listines, circulares, exhibición de la mercancía, etc. Respecto a la falta de identidad entre los sujetos, G. GHIDINI "Introduzione..." *cit.* pág.42.
- 20) Bastará a quien quiera romper la apariencia con rectifi-

car , "explicando", su posición o "conducta". Vease F. DE CASTRO: "El negocio..." cit. pág. 67.

21) Así lo reconocen expresamente PLANIOL-RIPERT, op. cit. pág. 143. En definitiva me parece que no es excepción alguna a la regla sino su confirmación. Cuando del mensaje se deduzca el interés relevante en contratar en concreto con ciertas personas o persona, nadie podía entender que ello es indiferente.

22) NAVARRINI: op. cit. Vol II 2ª parte pag. 130; J. PUIG BRUTAU (op. cit, pág. 205) señala expresamente que las invitaciones abren la fase precontractual.

23) Vease nota 18 BAUDRY-LACANTINERIE.

24) Lo reconoce así expresamente SALANDRA. op. cit. pág 7 y 8. Parece que en contra, SANTOS BRIZ (op. cit. pág.100 y siguientes) niega que la publicación de las condiciones generales de contratación por pertenecer a la esfera económica tenga relieve jurídico,.

25) F. DE CASTRO: "El negocio..." cit. pág. 64.

26) La doctrina es constante en sostener la responsabilidad por la ruptura de los tratos preliminares. Varían, sin embargo, los fundamentos y el alcance de la indemnización.

27) J. PUIG BRUTAU op. cit. pág. 257 y s.

28) Así, ANOTADORES DE ENNECERUS; CASTAN, DE CASTRO.

29) Pero ha de tenerse en cuenta que ellas puedan influir decisivamente a dar sentido a las descriptivas.

30) J. SANTOS BRIZ, op. cit. pág. 159. Si se parte de un -

amplio concepto de publicidad, que incluya como modo publicitario el envío de muestras, es obvio que en la compraventa sobre ellas. la muestra determina el contenido objetivo del contrato. El mismo LANGLE no duda en asimilar el Catálogo y los anuncios descriptivos a la muestra (E. LANGLE: op. cit. pág.) En contra de que se acepten estas descripciones gráficas como muestra, J. GARRIGUES: "Tratado..." cit. pág. 369.

31) Caso Thompson V. L.S, Rly citado por J.I. de ARRILLAGA: loc. cit. pág. 32.

32) Caso Richardson V. Rowntree citado por ARRILLAGA.

33) Terminantemente lo reconoce el Profesor DE CASTRO ("El negocio..." cit. pags. 112 y 116) superándose de este modo con toda justicia las construcciones doctrinales en torno a las "relaciones contractuales fácticas". También se refiere a ello el Informe británico en "La publicidad como..." cit. pág. 145 y s.. En contra, J.K. GALBRAITH "Op. cit. pág. 233.

34) J. FUIG BRUTAU. op. cit.. En el mismo sentido, ANOTADORES. T. II-2º 1ª pág. 584 y siguientes; A. HERNANDEZ GIL: "Derecho de obligaciones" Madrid, 1.960, T. I. pág. 249 y siguientes. Las censuras podrían ampliarse incluso hasta la Sentencia de 13 de noviembre de 1.962 que demuestra idénticas confusiones a otras anteriores.

35) Son figuras reconocidas tradicionalmente en el Derecho Alemán y Suizo que se recogen en el italiano, en el del -

Brasil y en el de Méjico. También el proyecto de reforma de Francia contempla los supuestos. En el Derecho angloamericano no es la figura del contrato unilateral (vide RUIG BRUTAU; op. cit. pág. 240 y siguientes.

36) Tal es la doctrina común, por todos: K. LARENZ: "Derecho de obligaciones". Trad. J. Santos Briz. E.R.D.P. Madrid 1.958. T. II pág. 336 y siguientes.

37) F. DE CASTRO: "El negocio..." cit. pag. 212.

38) A. HERNANDEZ GIL: op. cit. pág. 246 y siguientes.

39) Ya lo entendía así VALVERDE.

40) Es el fundamento que RUIG BRUTAU reconoce al contrato unilateral previsto en el Restatement norteamericano.

41) Así, K. LARENZ op. cit. pág. 338.

42) F. DE CASTRO: "El negocio..." cit. pág. 122.

43) En general, la literatura jurídica especializada trata la publicidad sólo en su dimensión de actividad de competencia.

44) Piénsese que es España el único país que cuenta con una ley especial para la publicidad. En los demás países, se reconduce su régimen al de las instituciones o relaciones de los que la publicidad no es sino una forma o modalidad. Que por supuesto, permite verdadera consideración cuando se la contempla desde la óptica de la competencia desleal. Supuesto que ésta comporta la calificación de los medios para la lucha por la clientela. Desde otras perspectivas, la modalidad publicitaria no es base suficiente a construcción alguna. Esa me parece la razón del invariable tratamiento por -

la doctrina extranjera de la publicidad como modalidad de la competencia.

45) Sobre las cualidades de los sujetos, vease por todos L. SORDELLI: "La concorrenza sleale" Giuffré. Milano 1.955. en nota 3) pág. 45, y también, la Riv. Dir. ind. 1.956 II pág. 425 y siguientes, con notas a una sentencia de la Casación italiana. Y bibliografía allí señalada. Entre nosotros no puede dejar de señalarse que la ley de prácticas restrictivas de 1.963 se refiere a los empresarios. En cuanto, a los criterios objetivos, existe una abundantísima bibliografía sobre todo internacional. Recientemente se ha ocupado de ello J.A. PELLICER VALERO: "Las prácticas abusivas" R.D.M. 1.967 abril-junio pág. 339 y siguientes.

46) J.K. GALBRAITH op. cit. pág. 231.

47) Vease los datos que suministra G. GHIDINI: "Introduzione..." cit. nota 1) al Cap. II pág. 65.

48) J. GARRIGUES: "La defensa..." cit.

49) Sobre que la publicidad es instrumento de diferenciación de productos en el mercado, F.A. SAMUELSON: "Curso de economía moderna". Trad. J.L. Sampedro. Aguilar Madrid 1.964. - También se hace eco del enfoque económico ASCARELLI: "Teoría..." cit. pág. 221 y siguientes. En igual sentido el Informe británico en "La publicidad como ..." cit. pág. 59 y 60. Como también se refiere a la cuestión expresamente WILLER op. cit. pág. 141 y siguientes.

que percibe igualmente el riesgo de la concentración de ne-

gocio que favorece la publicidad, del mismo modo a como lo sostiene SAMUELSON op. cit. pág. 583.

50) Lo destaca el Informe británico en "la publicidad como..." cit. pág. 246 y siguientes. Especialmente trata el tema G. GUIDINI ("Introduzione cit. pág. 65 y siguientes.

51) La especial categoría de los publicitarios dentro de la general de los actos de competencia se reconoce por el Profesor C. FERNANDEZ NOVOA: "Lec. cit. pág. 27).

52) Evidentemente a la actividad ejercida por agencias y medios les es de aplicación el régimen establecido por la Ley de 1.963 sobre practicas restrictivas de la competencia. Y en general cuantas normas existen en nuestro derecho sobre esa instrucción. Me interesa, sin embargo, destacar ahora que con relación a los "sujetos" de la actividad publicitaria la regla de mayor transcendencia que se contiene en el Estatuto es la contenida en la clausula general del artículo 10.

53) Estas apreciaciones no carecen de relieve jurídico, como se verá cuando se estudie el llamado "contrato de tarifa" en el capítulo X de esta tesis.

54) LOUSTALAN cita diversos supuestos que conocieron los Tribunales en relación con la materia (op. cit. pág. 186 y ss.),

55) Singularmente T. ASCARELLI: "Teoría..." cit. pág.. Al que sigue L. SORDELLI: "La concurrencia..." cit.. pág. 76 y ss.

56) Con fecha 12 de diciembre de 1.968, el Jurado de la Fu-

blicidad dicta fallo en asunto planteado por denuncia del - Sindicato contra una agencia que explotaba en exclusiva un espacio de una Hoja del Lunes, y a la que se considera incurso en infracción del artículo 10 del Estatuto. El Jurado no estimó que la conducta de la agencia fuera desleal, pero no porque rechazara que la explotación de una exclusiva no comporta en principio atentado a la lealtad en la competencia, sino porque esa explotación se juzgó correcta al haber respetado las tarifas de la Hoja del Lunes, no haber impedido que cualquier Agencia pudiera reservar espacios para sus clientes, y -lo que es argumento incomprensible- no haberse probado que el comportamiento de la agencia "haya determinado la captación de anunciantes que con anterioridad fueran clientes de otras agencias" hechos además -según el Jurado- que "de ser ciertos no pertenecerían a la competencia de este Tribunal sino que constituirían controversia entre partes" (?).

Me parece que el Jurado confunde cuestiones diversas. Una es la de que la agencia pueda o no explotar la exclusiva -el Jurado estimó que era "local" y parcial", por lo que implícitamente se reconoce que puede explotarla sin contravenir lo dispuesto en el Artículo 15-; otra cuestión es si en la explotación se han respetado las normas que se imponen para la contratación sin restringir la competencia. En ambos casos no se trata de problemas que afecten a la lealtad. Y desde luego, si quiere enjuiciarse desde este -

criterio, no entiendo que se argumente que no se ha probado que efectivamente se haya producido el desvío de clientela.

Sin embargo, el Jurado apreció que existía la infracción del artículo 9 del Estatuto porque no siempre se hacía constar el carácter publicitario del espacio.

57) Ha de tenerse en cuenta sin embargo su carácter de personas físicas.

58) Así F. CABANILLAS. op. cit. pág. 54. También en el discurso ante las Cortes, por estimar que ello atenta "a la libre competencia de las otras Agencias".



TE  
1714

- José María de la Cuesta -

REGIMEN JURIDICO DE

LA PUBLICIDAD

(Contribución a su estudio)

---

TESIS DOCTORAL

---

T O M O II



Facultad de Derecho, - Universidad de Madrid

Director: Prof. Dr. D. Jesús Rubio

Madrid - Enero - 1970

## CAPITULO SEXTO

### LA DISCIPLINA JURIDICA DE LA PUBLICIDAD

#### I - Los llamados "Principios de la Publicidad"

El Estatuto consagra su Título II al establecimiento de la especial disciplina jurídica de la publicidad contemplada como fenómeno social, ésto es, con repercusiones frente al público. Tal disciplina se establece bajo el rótulo general de "Principios de la Publicidad", cuya denominación sirve también para individualizar cada uno de los aspectos bajo los que la actividad se contempla en los artículos 6º a 10º de la ley.

Lo primero que cabe cuestionarse es por la naturaleza de estos llamados "principios". En mi opinión, su denominación no debe oscurecerla. Y es necesario decir enseguida que tales "principios" constituyen el contenido propio de normas legales. Pretender descubrir en ellos -aparte de su titulación- el valor de fuentes del Derecho de la Publicidad, semejante al que corresponde a los principios generales del Derecho, me parece, por consiguiente, equivocado. Su fuerza jurídica arranca de modo exclusivo de la que gozan las normas legales.

que los imponen (1).

La cuestión, entonces, se traslada al plano de su significación como contenido de unas normas positivas. Y en este punto, a pesar de su extensión, no parece ocioso transcribir el párrafo que la Exposición de Motivos del Estatuto dedica a la materia "Se ha pretendido conseguir, por decirlo así, una expresión articulada de las ideas centrales a que la publicidad debe servir, tratando de darles un rigor sistemático y unitario, de forma tal que describen sobre todo el espíritu u orientación que debe predominar en la publicidad. La falta de precedentes legislativos, jurisprudenciales y doctrinales en nuestro país y la escasez e insuficiencia de los ordenamientos que ofrecía el Derecho comparado, han impedido una regulación más detallada y concreta y han aconsejado hacer una formulación, en la que no se ha buscado tanto la previsión por el legislador de todas y cada una de las situaciones que pueden surgir cada día en el seno de tan complejas actividades como, sobre todo, la orientación de una futura actividad jurisprudencial, mediante la descripción de un tipo de conducta social que se considera exigible conforme a las ideas rectoras de la comunicación española".

Bastaría el precedente párrafo para sostener que la formulación de los "principios" convierte a los preceptos

que los contienen en normas proyectivas o marco, que establece el cauce por el que ha de desenvolverse la publicidad para ser lícita, constituyendo así lo que he venido denominando la especial disciplina jurídica de la actividad, que se articula, en suma, a través de criterios para el enjuiciamiento sobre su licitud. El valor del término "principios" que la ley utiliza es el que la gramática y el uso le dá. Vale tanto como criterios. No es el valor técnico-jurídico que se reserva para los principios generales del Derecho.

La imposición de una especial disciplina jurídica de la publicidad tiene su fundamento en reconocer su potencialidad para causar un peligro social. O, más estrictamente, en su peligrosidad social fuera de ciertos límites.

Porque la publicidad incide en muy diversos sectores de intereses y porque su versatilidad es innegable, resulta imprescindible acudir al sistema de las normas marco que contienen simplemente los criterios derivados de la ponderación de aquellos conjuntos de intereses afectados, sean cuales sean las concretas manifestaciones de la publicidad (2).

Me parece que es la propia naturaleza del fenómeno la que impone el sistema. Como, por lo demás, no ha podido ser otro en las formulaciones que, por la vía de la autoreg-

glamentación, se han articulado en la mayoría de los países e, incluso, por la Cámara de Comercio Internacional.

Se ha exagerado, en mi opinión, el carácter indeterminado del contenido de los artículos 6º a 10º del Estatuto. No son, en realidad, tan en blanco como acaso tópicamente corre el riesgo de generalizarse. Es muy escasa, en efecto, la indeterminación que se advierte en la imposición del respeto a la ley, a los derechos de la personalidad o a la verdad. La concreción deviene inmediatamente por la naturaleza positiva de las normas jurídicas, por el reconocimiento de los derechos o por la comprobación de la realidad (3).

Sucede, ciertamente, que en otros preceptos el módulo con el que ha de contrastarse la actividad se formula como standard de conducta y, por lo tanto, con un cierto grado de indeterminación. Pero que no es mayor, sin embargo, que la que general e inevitablemente se adopta en todos los casos que se trata de valorar los resultados de una conducta frente a otros, con los que no existe una especial vinculación jurídica sino sólo la general relación que se manifiesta a través de la humana convivencia. Y, desde luego, éste es el supuesto del fenómeno publicitario, cuyas consecuencias se miden por su trascendencia social.

Si toda cláusula indeterminada supone, desde luego, un cierto grado de inseguridad, que cualquier hombre de Derecho debe desear que se reduzca al mínimo, creo que es forzoso reconocer que en esta materia debe prevalecer - como venturosamente acontece- la seguridad social sobre la del anunciante en cuanto tal, cuando aquella sólo puede conseguirse mediante normas delimitadores de un marco de licitud que permitan la flexibilidad indispensable para reprimir los actos publicitarios que la ponen en peligro. Porque debe advertirse que la finalidad de la disciplina ni es el enjuiciamiento de una conducta ni trasciende a la esfera personal del anunciante. Que es lo que justificaría -mejor, exigiría- una absoluta tipificación (4).

No conviene olvidar, por otra parte, que una disciplina jurídica de la publicidad constituye arma de doble filo. Porque junto a la virtud ordenadora -y por su causa- se agiganta el riesgo de la peligrosidad, al robustecerse la confianza que los mensajes despiertan por atribuirles un mayor índice de fiabilidad. Esto es algo que conocen muy bien y en lo que tesoneramente insisten quienes intervienen negocialmente en el mundo publicitario. Creo que es una buena razón más para convertir en destinatarios directos de las normas que

imponen la disciplina a los Organos cuya misión es aplicarlas, permitiéndoles una actitud profundamente creadora, siempre en la dirección de las valoraciones sociales.

Las normas cumplen su función suministrando los criterios adecuados para el enjuiciamiento de la actividad publicitaria. Sin que puedan determinarse casuísticamente los contrastes, sin traicionar su propia ratio, que hunde sus raíces en la consideración de la incidencia de la publicidad en valoraciones sociales que, por definición, son un producto histórico o, si se prefiere, cultural.

Los principios de legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia que el artículo 6º del Estatuto consagra son, pues, los focos a cuya luz debe enjuiciarse el acto publicitario, y cuya intensidad variará en función de las "energías" que discurran socialmente para alimentarlas.

Antes de entrar en el análisis permenorizado de cada uno, parecen útiles algunas consideraciones previas que son generales a todos los principios.

En todo caso, se trata de enjuiciar o contrastar un acto de publicidad. Hablar en Derecho de un acto parece que lleva inevitablemente a considerar un autor y la intencionalidad de su conducta.

Pero en esta materia, como se ha dicho ya, se trata de imponer unos límites a la actividad objetivamente considerada. Y en la que el elemento intencional no juega más papel que en el plano de la genérica intencionalidad común y definidora de cualquier acto publicitario.

Al tratar de su concepto, se ha sostenido que el acto se define por su finalidad con abstracción de su concreta estructura. Pero no quiere decir que ésta última sea irrelevante desde la perspectiva de su disciplina jurídica.

Presentándose el acto como una comunicación lato sensu, en sus mismos elementos podrán descubrirse aspectos atentatorios a los valores que se estiman tutelables.

El objeto y la forma del acto constituyen la materia enjuiciable de aquél que por su finalidad es publicitario.

La diversidad de los valores afectados por la publicidad, traducida en las normas positivas de nuestro Estatuto, impide establecer una conclusión generalizadora respecto al modo como se considere que influyen aquellos elementos en la determinación de la materia enjuiciable.

En todo caso, desde luego, se trata de medir un resultado que con el acto se obtiene y que se estima



indeseable. Pero ese resultado puede haberse producido sin más, directamente por virtud de alguno de los elementos del acto o puede consistir precisamente en el que se esperaba alcanzar del acto mismo por su dimensión específicamente publicitaria, y que es fruto, por lo tanto, de la combinación de elementos que siendo el cuidado de la técnica de la publicidad es la que determina el proceso de respuesta en los destinatarios.

Una cosa es enjuiciar el acto desde "principios" que tienden a tutelar valores extrínsecos en principio a la finalidad de la publicidad, y otra el enjuiciarlo por virtud del resultado que produce dentro de esos fines que, por expresarlo de algún modo, podríamos llamar resultado "publicitario".

En un planteamiento general, no es posible establecer ninguna conclusión sobre el modo en que han de ponderarse los diversos elementos. Dependerá, en definitiva, de cual sea el "principio" desde el que se realiza el enjuiciamiento.

Ahora bien, puesto que cada acto es susceptible de enjuiciarse y debe resistir el contraste a que le someten todos y cada uno de los "principios", no parece ocioso referirse ahora al papel que juega cada elemento del acto (5).

Cuando se habla de objeto, es sabido que se expresa lo que he denominado mensaje publicitario. Y se ad -

vierte que éste es también el resultado de una combinación de elementos. Todos y cada uno de ellos también contribuyen a constituirlo y, consiguientemente, deben ser examinados. El contenido del acto se hace presente como objeto del mensaje mismo. Y es evidente su trascendencia para enjuiciar el acto desde el principio de legalidad, de veracidad y de competencia. Un bien de tráfico ilícito convertirá en igualmente ilícito el mensaje publicitario que a él se refiera. El bien de que se trate servirá para medir el grado de veracidad que el mensaje alcanza y, sin duda, determinará que pueda o no hablarse de la incidencia del mismo en el ámbito de la competencia.

La forma del mensaje, que es siempre la expresión sugestiva de una "argumentación publicitaria" hace posible una valoración desde distintos principios. Su influencia, sin embargo, puede advertirse considerándola aisladamente o en combinación con el objeto del mensaje mismo e, incluso, con la forma del acto de publicidad de que se trate. Por sí misma, la forma del mensaje puede ser contrastada con el standard de las buenas costumbres, de la moral, del buen gusto y del decoro social. También por sí sola puede encerrar una lesión a los derechos de la personalidad. Por otro lado, en relación con el objeto del mensaje o contenido del acto, la forma de aquél pue

de suponer una contravención a las normas sobre el tráfico de ciertos bienes e, incluso, sobre su publicidad -viviendas, seguros, bancos, ventas a plazos de bienes muebles, etc.- Y, desde luego, la forma en combinación con el objeto, ambos del mensaje, hará posible su enjuiciamiento desde el principio de veracidad y de "libre competencia" para los que igualmente es destacable la forma del mensaje, en relación con la forma del acto mismo que implica ya la utilización de un medio en concreto, que no es en modo alguno indiferente (6).

Por lo que se refiere a la forma del acto, no parece necesario ningún esfuerzo que contribuya a poner de manifiesto su significación en este orden de cosas. Que el acto pertenezca a alguna de las categorías que en su momento se señalaron determinará poder apreciar peculiares efectos según cada uno de los "principios" que lo disciplinan. Existirán supuestos en que la misma forma del acto contravendrá directamente disposiciones positivas, así, por caso, la publicidad exterior que se localice en lugares en los que resulte prohibido, o el caso de utilizar al hombre como portador de publicidad.

Como es sabido, la cuestión de la forma del acto se resuelve en el empleo de un medio soporte de la comunicación. Su efectiva utilización en el caso concreto podrá al -

terar el signo del enjuiciamiento que el acto merezca. Sobre todo en función del contenido. No es lo mismo, desde luego, por no citar sino supuestos muy claros, una publicidad en prensa o radio relativa a un detergente que la que directamente se envía a ciertos destinatarios -por lo general, en tonos muy personales- sobre un Fondo de inversión mobiliaria. Como tampoco es igual el anuncio en televisión de un analgésico a ese mismo anuncio insertado en una publicación especializada dirigida a los médicos. Los ejemplos pueden multiplicarse al infinito, pero creo que siempre demostrarían que la forma del acto o el medio empleado son elementos esenciales que deben valorarse en el enjuiciamiento de la publicidad. Teniendo en cuenta, principalmente, que todo medio se vincula a su "audiencia". Es decir, que tiene un alcance diferente que no puede por menos de trascender a la hora de establecer la deducción sobre su eficacia puramente publicitaria, atendido el sector de los destinatarios, el contenido de la publicidad, la utilización por otros competidores, etc. etc.

Dentro del medio, no es indiferente tampoco el "espacio" del mismo que, efectivamente, se haya utilizado. Me parece que su mayor importancia se advierte en el enjuiciamiento del acto según el principio que mira a salvaguardar la

competencia.

Pero con relación a la forma del acto, se señaló también su vinculación a la idea de tiempo. Y así se habló de actos en serie y acto continuado. Su trascendencia ahora es evidente, sobre todo desde la perspectiva de la medición del resultado "publicitario". Tanto el principio de veracidad como el de libre competencia no podrán dejar de valorar muy principalmente esta circunstancia.

Como consecuencia de todo lo expuesto, creo que puede sostenerse lo ya afirmado más arriba sobre la imposibilidad de sentar un criterio generalizado para la valoración de los diferentes elementos que constituyen el acto publicitario. Porque su enjuiciamiento es tarea tan compleja como es el fenómeno publicitario, por lo que no se cumplirá si no es contemplando el acto desde todos los ángulos que descubran aspectos relevantes para cada uno de los "principios" incluida aquella óptica que manifieste el acto en su unidad como productor de un "resultado publicitario" que es lo que debe ser enjuiciado por alguno de esos "principio" en concreto.

Objeto y forma del acto, incluyendo en aquél su contenido, son los elementos enjuiciables, sin que quepa establecer, sino en vistas del caso, cómo deben tomarse para el

enjuiciamiento. Y así lo comprende el Estatuto que, en su artículo 7º, expresamente se refiere a la ilicitud del acto que "por su fin, por su objeto o por su forma" contravenga lo que, a contrario, en el precepto se previene. Ya se señaló que el fin tiene el mismo sentido, en mi opinión, que lo que he denominado contenido del acto u objeto del mensaje. Pero ahora interesa resaltar cómo la ley parte de la imposibilidad de establecer ninguna regla generalizadora sin, por ello, dejar de advertir que cabe que por alguno de los elementos aislados devenga el acto ilícito. Por lo demás, es de notar que la referencia a esos elementos sólo se contiene en el artículo 7º que es el que desarrolla el llamado "principio de legalidad". Con lo que puede pensarse que o bien la ley es consciente de la necesidad de tomar los elementos combinados para el enjuiciamiento por los demás principios, o bien que al establecerse en la ley estos otros ya penetran así en la exigencia que el artículo 7º impone de respeto a las normas positivas por el objeto, por el fin o por la forma del acto.

En cualquier caso, creo que la ley no ha pretendido tanto, sino sólo señalar que los elementos del acto -todos- han de tenerse en cuenta y valorarse. Pero sin pronunciarse sobre cómo hayan de entenderse en cada caso ni en

relación con cada principio. Por ser algo que se deducirá necesariamente de las circunstancias y que, por consiguiente, es tarea primordial del intérprete o, más exactamente, del juzgador.

Ahora bien, creo que se observa que la tarea de enjuiciamiento resulta bastante simple cuando se trata de contrastar ciertos elementos de los que objetiva y directamente se obtiene su contrariedad o alguno de los principios. Pero que ya no lo es tanto cuando lo que debe contrastarse es el mismo resultado publicitario. Porque aquí juega ya un papel preponderante la investigación de ese resultado que, como es sabido, sólo se obtiene a través de los procesos psicológicos de los destinatarios. Lo que comporta adentrarse en el campo de las valoraciones, tanto por lo que se refiere a lo que razonablemente deducirán los destinatarios cuanto por lo que toca a los efectos que, razonablemente, producirá el acto de la decisión de contratar por parte de los mismos.

Cuando se trata de enjuiciar el acto por 'su "resultado publicitario" no es cuestión de valorar una lesión efectivamente producida en un bien o valor que se estima digno de protección. Por el contrario, es cuestión de medir su potencialidad genérica para producirla. Es cuestión, en suma,

de juzgar sobre un riesgo generado.

Y claramente se deduce que se está en el terreno de la probabilidad, que es idea que preside toda la materia relativa a la publicidad y, consiguientemente, también cuando se la contempla desde criterios jurídicos. Hay que juzgar sobre meras probabilidades de que el daño surgirá por virtud del riesgo introducido, por lo que la satisfacción del orden jurídico se alcanza con la mera remoción del riesgo, prohibiendo realizar el acto.

En realidad, en este general planteamiento, el fenómeno no implica una radical novedad para el Derecho moderno, que ha tenido que enfrentarse a situaciones análogas en líneas de principio, a causa de las circunstancias de la realidad que si ha llegado a metas indiscutibles del progreso material y técnico no ha sido sino a costa de introducir factores de peligrosidad para bienes de la persona. El tributo que la sociedad paga en vidas humanas y en bienestar sanitario al desarrollo técnico de la automoción o en psicologías equilibradas al progreso industrial con sus ruidos, residuos, e incluso riesgos de incendios y explosiones no ha sido desconocido para el Derecho que, por la vía de la responsabilidad objetiva o de la previa autorización, procura arbitrar los remedios que se esti



man más adecuados.

En mi opinión, algo semejante sucede en el campo publicitario. Lo que ocurre es que la semejanza de principio difícilmente se sostiene para más allá. Pues el fenómeno es, por definición, físicamente inconmensurable, sin que produzca accidentes espectaculares ni daños materiales inmediatamente reconocibles. La ausencia de un acaecimiento del mundo físico, objetivamente preciso, impide que se parta de él para construir el juicio sobre la reparación satisfactoria.

El juzgador, en efecto, sólo puede partir del campo donde los resultados publicitarios se producen, que es el psicológico de los destinatarios del mensaje de publicidad.

La cuestión, entonces, es de método para el juicio. Porque, indispensablemente, habrá de seguir el mismo que el anunciante tuvo en cuenta en la instrumentación de su actividad publicitaria. Si ésta obedece a un designio motivacional siempre, el juicio sobre la misma ha de equivaler a un test de penetración o eficacia de esa motivación puesto que en ella reside la generación del riesgo que se trata de eliminar.

Y es en este orden de cosas, donde comienzan a surgir las dificultades. Inicialmente basadas, por lo demás, en la inadecuación de las técnicas jurídicas a las exigidas por

la prospectiva estadística y de motivaciones. Y, acaso también, en la primera ~~virtud~~ del ordenamiento jurídico que es procurar seguridad en las relaciones, ante la que se rinde un santo temor reverencial por cualquier jurista.

Sin embargo, si el Derecho quiere -y no debe dejar de querer- reconducir a tratamiento la publicidad, no creo que, en el terreno de la realidad, pueda prescindir de las consideraciones y de las técnicas que imponen el principio de la probabilidad estadística y los de la penetración psicológica.

En vía de principio, tampoco parece que exista demasiada diferencia entre lo que aquí se expresa y el recurso, plenamente reconocido por el Derecho, a las presunciones. Pero en esta materia no puede tratarse de cualquier presunción sino de la equivalente a la del anunciante al decidirse por la realización en concreto del acto que se enjuicia. Lo que no quiere decir, en modo alguno, que se trate de un juicio sobre la intención sino, todo lo contrario, de un juicio del resultado que impone un método para obtener la presunción semejante al que utilizó el anunciante para obtener la suya, con independencia de que una y otra coincidan.

Entiendo que hay que incardinar el proceso calificador del acto dentro de los límites de la psicología de masas. Porque sus mecanismos son los que se han tenido en cuenta por el anunciante al instrumentar su mensaje.

La primera consecuencia es la de que no puede abstraerse el acto de las circunstancias concretas de lugar y tiempo que lo relacionan con otros actos publicitarios de otros anunciantes, con la coyuntura económica general y con la específica referida al sector a que pertenece la actividad principal que se promueve. No sólo, pues, han de tenerse presentes los elementos propios del acto en sí sino su posición en el general contexto del tráfico. En el proceso de respuesta de los destinatarios habrán jugado, consciente o inconscientemente, todos esos factores.

En este orden de cosas, me parece que ningún juicio debe sustituir el que merezca el acto desde los destinatarios. Y, por lo tanto, como se viene reconociendo por la jurisprudencia alemana acertadamente, no puede erigirse en módulo el particular criterio del juzgador (7).

Cuestión indeclinable es, entonces, determinar quiénes sean los destinatarios del mensaje y cual es el efecto en ellos producido. No creo que las características o la espe-

cie del bien o servicio sea en este punto lo esencial. En publicidad, la noción fundamental es la de "audiencia", como universo de afectados por la misma, que siempre se conecta al medio que se utilizó en la comunicación.

Para obtener el juicio que a ese universo merece el acto, creo que no quedan sino dos caminos. Uno el que ya recorrió el anunciante al instrumentar sus actos. Lo que supone recurrir a las técnicas prospectivas que el Derecho habrá de tomar prestadas de las ciencias correspondientes para aplicarlas dentro del cauce de una prueba pericial (8). El segundo camino, que es el generalmente aceptado, consiste en seleccionar idealmente un tipo representativo del universo, que lo es por estimarle adornado de las cualidades medias que caracterizan a todos sus componentes (9), situándolo de este modo en un punto equidistante de aquellos que se consideran más avisados tanto como de los menos precavidos o más confiados.

La cuestión se resuelve, en definitiva, en función de los niveles a que se coloquen los menos precavidos, que dependerá fundamentalmente del juicio que se tenga sobre la idiosincracia de las comunidades en que la publicidad se produce. En aquéllas en que la confianza mutua y el respeto pre-

side las relaciones sociales, cualquier declaración, incluso publicitaria, merece un coeficiente superior de credibilidad que el que se otorga en las comunidades en que por un menor desarrollo de aquellas virtudes sociales aplican sus miembros un más agudo sentido crítico. No hay que decir, que, en líneas generales, la diferencia se produce entre comunidades latinas de un lado y las herederas de tradiciones puritanas, por el otro.

Es, sobre todo, la jurisprudencia italiana la que viene sosteniendo una elevada cota que deriva de la consideración del juicio crítico de los miembros de su comunidad. Es, permítaseme la expresión, una consecuencia de la confianza en la desconfianza.

Pero pienso que toda esta perspectiva descubre el carácter de recurso meramente formal que la solución del tipo medio representativo del universo tiene. Porque, en definitiva, la selección del mismo y la atribución abstracta de cualidades implica ya un juicio de valor y, en este sentido, un verdadero "prejuicio" sobre el "resultado publicitario" del mensaje.

Se dijo antes que toda disciplina de la publicidad encierra el doble filo de aumentar, desde luego, su índice

de fiabilidad. Luego dejaría de ser tal disciplina si en su aplicación no se reconociera esa realidad. No puede desconocerse que la disciplina jurídica o viene a impedir que se obtengan "resultados publicitarios" que se estiman indeseables o sobra la misma disciplina.

Tiene forzosamente que partirse de lo que el fenómeno es y los mecanismos por los que actúa como de la finalidad que entraña. Los propios técnicos publicitarios sostienen denodadamente la eficacia de la acción de publicidad y creo que ni los economistas la ponen en duda ni es algo que pueda negarse si se constata lo que en la vida ocurre. Creo que nadie estaría dispuesto a discutir que no se trata en estas cuestiones de valoraciones del universo de los destinatarios por su grado de cultura o por su extracción social. Como se ha afirmado atinadamente un profesor de Universidad puede ser más fácilmente captado por el señuelo publicitario que cualquier analfabeto. Lo importante es, desde luego, la moldeabilidad de las psicologías y, en este campo, sea cuál sea el grado o nivel de cultura y el de las reservas con que se acojan las declaraciones de otro no puede negarse que las técnicas publicitarias están concebidas justamente para hacerlas succumbir a su golpeteo incansable, que por vía directa - aunque

inconsciente- o indirecta -por la presión social de los cambios de gustos, hábitos y actitudes que la publicidad desencadena - acaba siempre por alcanzar su meta.

Y si ésto es así, ninguna consideración merece cualquier criterio que pretenda sustentarse en la desconfianza que engendra un agudo sentido crítico. Si el juicio ha de establecerse de espaldas a las técnicas prospectivas, no creo que sea efectiva otra solución que la que haga derivar el juicio de circunstancias objetivas del acto en su contexto y de lo que el ciudadano más confiado y menos precavido puede deducir (10). Con lo que siquiera la publicidad rendirá además el fruto de ciertos fortalecimiento en la confianza en las relaciones sociales que, dicho sea de paso, no es algo que merezca desdeñarse.

## II - ENCUADRAMIENTO DE LA DISCIPLINA.

No es difícil decir que el Estatuto establece una especial disciplina jurídica de la publicidad, pero no deja de serlo en cambio encontrar el marco donde adecuadamente se asiente.

Porque, efectivamente, el conjunto de preceptos que la establecen tienden a tutelar muy diversos sectores de intereses que se ven afectados por el fenómeno publicitario.

A lo que viene a sumarse que, puesto que el artículo 6º declara aplicables los "principios" a "toda actividad publicitaria", también la actuación de los "sujetos" en la instrumentación y ejecución de los actos de publicidad queda sometida a ellos, y, concretamente, también los contratos que se concluyen tendiendo a esas finalidades.

Parece conveniente entonces deslindar de un lado lo relativo a la disciplina del acto *stricto sensu*, y, de otro, lo que se refiere a su aplicación a la actividad desplegada por agencias, estudios, agentes y medios,

Y considero que la verdadera importancia de las normas reside en el primero de los aspectos señalados.

Lo único que puede afirmarse con certeza es que un acto contrario a los "principios" es un acto ilícito. Consecuentemente, la cuestión se centra en descubrir el mecanismo sancionador y la especie misma de la sanción, a lo que se adecuarán los cauces por los que se haga efectiva la satisfacción general del orden jurídico violado.

En seguida se advierte que la ilicitud escapa a la posible sanción de nulidad del artículo 4º del Código Civil. Porque sus consecuencias no se producen en el ámbito de las relaciones jurídicas sino en el campo social de trascen



dencia para el Derecho. El mecanismo de sanción se inscribe en la órbita de la represión jurídica de los actos y no en el de la calificación de su validez.

Podemos prescindir, entonces, de la determinación pormenorizada que derivaría de considerar aisladamente cada principio, según la categoría o especie de interés tutelado. Supuesto que a lo que se tiende es a la represión del acto, la calificación en bloque de la disciplina sólo puede establecerse en base a su adscripción al derecho penal o al Derecho administrativo.

No son precisas demasiadas consideraciones para afirmar que es este último el cauce sancionador. A la Administración se atribuye la potestad sancionadora y a Organos cuya naturaleza -aunque oscurecida- es administrativa se encomienda la aplicación. Pero el propio Estatuto se cuida de proclamar que ello no extrae la materia del conocimiento de los Tribunales de Justicia (arts. 63, 64 y 65 E.P.).

Evidentemente, que estos conocerán dentro de la competencia que por la materia les es propia. Los Organos de la Jurisdicción penal y Civil actuarán indiscutiblemente en sus áreas de competencia. Sólo los delitos y faltas y todos ellos que se cometan con ocasión o a través de la publi

cidad se enjuiciarán por los Tribunales penales. Del mismo modo a como los civiles intervendrán , en todo caso que el acto publicitario haya desconocido o lesionado derechos subjetivos, o constituya una categoría del ilícito que engendra la responsabilidad derivada del artículo 1902 del Código Civil.

### III - EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

De él se ocupa el artículo 7º del Estatuto, si bien, como afirma MARTIN OVIEDO, no se ajusta a su rotulación el contenido normativo (11). Que viene a señalar cómo limite a la actividad publicitaria el interés al mantenimiento de la paz y el orden sociales, entendidos como resultado de los esquemas ideales y las valoraciones culturales de la comunidad en un momento dado. Además de recogerse expresamente la exigencia de no lesionar los derechos de la personalidad.

Sólo comprendiendo el principio en tal amplitud es posible englobar el conjunto de conceptos y nociones que comprende en su formulación positiva que, no obstante la generalidad y hasta la difícil concreción del contenido de cada uno de aquellos, puede ser, incluso, que no llegue a agotar la totalidad del entramado estructural de los valores que presiden la convivencia y que son afectados por la publicidad. Por lo que pienso que, siendo ésta la ratio del precepto, cualquier in

interpretación debe tender a facilitar que se cumpla su finalidad última.

"No será lícita la publicidad -dice el artículo 7º- que ... ofenda a las instituciones fundamentales de la nación". Puede aceptarse, sin duda, la interpretación propuesta por MARTIN OVIEDO que, coincidiendo sustancialmente con CABANILLAS, entiende que en el concepto institución no sólo se comprenden realidades sociales "sino incluso meros principios" (12). Precisamente aquellos que configuran la convivencia social. Me parece que en este punto es significativo el empleo del verbo "ofender". Que permite una cierta amplitud en el enjuiciamiento del supuesto. Puesto que no se requiere un ataque o atentado a las instituciones sino que es suficiente la mera ofensa que se deduzca del acto de publicidad.

En la misma línea se coloca la exigencia de que la publicidad no contrarie el ordenamiento jurídico. Este, por definición, constituye la expresión y, a la vez, la garantía del orden social imperante en la comunidad. Por lo mismo, no creo que el respeto a la Ley se restrinja a la ley formal pero tampoco a las normas que de una u otra manera tienen como materia la publicidad (13). El acto publicitario "por su fin, por su objeto y por su forma" debe respetar las normas jur-

dicas. Cualquiera de las que integran el Ordenamiento positivo, esté donde esté y sea cuál sea su mandato. Por no citar sino un ejemplo obvio, será contrario a la Ley el acto de publicidad que promueva el tráfico de bienes o servicios que lo tienen restringido o prohibido en absoluto. El fundamento habrá que encontrarlo en el artículo 7º del Estatuto aunque nada se prevenga en aquellas normas restrictivas sobre la publicidad que de los bienes pueda realizarse.

Reducido ahora el examen de la disciplina jurídica de la publicidad al aspecto de su manifestación como declaración al público, no creo que pueda plantearse cuestión alguna en torno a las consecuencias de la ilicitud por contrariedad a la ley. No se trata, en efecto, de problemas de validez o de si la norma concreta infringida encierra un propio mecanismo punitivo o sancionador. En todo caso, y con la salvedad introducida por el artículo 63 del Estatuto que ya se señaló, el acto publicitario contra legem es un acto ilícito que desencadena el mecanismo represivo previsto en el Estatuto de la Publicidad (14).

Es ahí donde reside la virtualidad del precepto. Porque, en principio, parece inútil proclamar la ilicitud del acto contrario a la ley, tanto como la del acto que atente a las

instituciones fundamentales.

Pienso que no debe pasarse por alto un aspecto del problema que considero, por lo demás, del máximo interés, cuando se observa el "principio de legalidad" como salvaguarda del orden o la paz social. No puede negarse que en él se incluye, necesariamente, cuanto hace referencia al mundo de la organización económica. Que es, además, el directamente afectado por la propia naturaleza del fenómeno publicitario. Y no puede negarse tampoco que hoy día aquel mundo está impregnado por la conciencia social del principio de solidaridad. Existe, consiguientemente, un interés general sobre el aprovechamiento de los recursos disponibles en la comunidad, que se manifiesta en los impulsos para su incremento y en las decisiones para que entren a participar en ellos todos los miembros de la sociedad. Al Estado, como último gestor de los intereses de esa naturaleza, le está reservada, y le es exigida, la función que tienda a protegerlos y hacerlos efectivos. No creo equivocarme al decir que, a este designio, responden las actuaciones planificadoras, y, en concreto, las programaciones realizadas en España. Que no debe olvidarse que, establecidas por el instrumento jurídico que es la ley, se convierten en vinculantes para la propia Administración, que, de este

modo resulta ser destinataria directa y única de las normas que imponen su actuación en relación al mundo económico.

Tanto por esta circunstancia cuanto por la intervención de la Administración mediante la adopción de medidas correctas de desviaciones indeseables en la actividad económica, parece que supone una tremenda paradoja que no se actúe sobre el fenómeno publicitario que es sólo instrumento de aquella actividad. Considero que la actuación sólo puede traducirse en aquellos aspectos del fenómeno en que directamente intervienen los Organos del propio Estado. No resulta entonces fácil explicarse cómo se pueden adoptar por éste medidas de programación que tienen en cuenta el consumo de bienes y servicios, y -lo que parece más grave- medidas que tienden a reprimirlo o restringirlo en beneficio de los intereses generales de la economía, con perjuicio o al menos con sacrificio de numerosos sectores de la población y de los menos favorecidos, y, al mismo tiempo, el propio Estado mantiene una actividad de fomento indiscriminado y masivo del consumo mediante la inserción de mensajes publicitarios en la televisión que él mismo dirige y controla en exclusiva. Me parece ésta suficiente razón -acaso la única- realmente positiva para considerar no deseable que la televisión explotada en régimen de mono

polio por el Estado se convierta en un medio de publicidad. La irritante paradoja se reafirma al pensar que el Estado no puede ignorar la fuerza de penetración y de persuasión de la televisión porque, precisamente por tener conciencia de ella, es por lo que recaba para sí la dirección en virtud de la vieja regalía.

Por mi parte, acaso el respeto debido a las normas jurídicas -leyes de los Planes de Desarrollo, decretos sobre medidas complementarias de decisiones en el terreno de la paridad monetaria, etc.- sea suficiente argumento jurídico, con base en el artículo 7º del Estatuto, para considerar la necesidad de suspender la actividad publicitaria en televisión (15).

El buen gusto, el decoro social, la moral y las buenas costumbres son otros tantos conceptos que se colocan como contrastes a los que debe someterse el acto de publicidad. Hay que reconocer, desde luego, que en este campo se advierte un considerable grado de indeterminación. Que, como ya se señaló antes, viene impuesto por la misma naturaleza del fenómeno publicitario que afecta a sectores de intereses diversos. Y en este punto se intenta proteger sobre todo el conjunto de valores que constituyen el esquema de la convi-

vencia social.

Todos esos conceptos se reconducen a standards o paradigmas de conducta vigentes en la comunidad y que no deben resultar contrariados por ningún acto publicitario. Evidentemente, tales standards se impregnan de los valores sociales imperantes en una circunstancias histórica y, por definición, no permiten una formulación que no sea indeterminada.

Por lo que lo realmente importante es reconocer separadamente su fiabilidad o, en otros términos, el ámbito de los comportamientos que cada uno de los standards implica.

El buen gusto y el decoro social se unifican en la ley para considerar ilícito el acto publicitario que atente a ellos (16) y se ha aceptado por los comentaristas del Estatuto que ambos conceptos se refieren a valoraciones de orden estético (17).

No niego, desde luego, que el ámbito de la real incidencia de esos conceptos incluya los valores de la estética, pero pienso que no se agota en ellos por creer que, en realidad, acogen valoraciones culturales en general, expresivas de un talante o de unos perfiles propios de la comunidad, en los que influyen una tradición y la pertenencia a áreas de cultura determinada, que a su vez comportan o se traducen



hoy día en un profundo respeto a los valores culturales de otras áreas o comunidades y, en general, a los de toda la humanidad (18).

En este orden no creo que pueda pasarse sin comentario la exigencia de cuidar el lenguaje. No es preciso sino observar la realidad cotidiana para comprobar los lamentables destrozos que la publicidad puede ocasionar. Sin contar con que las ideas penetran por la palabra, y que la deficiencia de éstas y el simplismo -en el mejor de los casos- de aquéllas pueden dar lugar a resultados masificadores en su sentido más peyorativo. Sin olvidar que se afecta la eficacia del lenguaje como vehículo de comunicación.

Respecto de la moral y las buenas costumbres como standard de la conducta del anunciante, caben también algunas consideraciones. Para MARTIN OVIEDO, ambos conceptos vienen a equiparse en su significación en cuanto que es la moral social la que debe entenderse como límite (19). Pienso que, prescindiendo de matices sobre el valor autónomo o heterónimo de la moral y su consiguiente eficacia en el fuero interno de las conciencias, lo que la ley quiere cuando se refiere a moral es proscribir la publicidad obscena. Que es lo que normalmente se proscribe en todos los Có-

digos deontológicos de la actividad publicitaria (20).

Ciertamente el mayor valor reside en las buenas costumbres. Que es concepto que gracias a su indeterminación recoge supuestos muy diversos pero todos ellos reconducibles, en efecto, a esa superior norma de moral social. Quizá más en este terreno que en ningún otro quepa advertir que todo acto publicitario debe estar presidido por la regla de la responsabilidad social (21).

En mi opinión, cabría considerar una doble vertiente en este sometimiento a las buenas costumbres. Por un lado un acto de publicidad no responde al standard de las buenas costumbres cuando es susceptible de producir cualquier defraudación o repercusión indeseable de orden moral en sentido amplio en los destinatarios. Tampoco cuando favorezca una representación estimulante de un relajamiento moral o de una conducta antisocial.

Al primer aspecto pertenecen aquellos actos que tiendan a sorprender la credulidad de los destinatarios , a crear o explotar sensaciones de miedo o angustia o a favorecer esperanzas o ilusiones que no se verán cumplidas (22).

Creo que a este orden pertenecen también los actos publicitarios que estimulan o excitan la pasión del juego

go. Desde la óptica de la competencia contempla el tema el Profesor CARRIGUES en su Conferencia tantas veces citada. Pero se observa que al razonamiento del maestro sigue mucho más el hilo de las buenas costumbres en general. Incluso porque, aún desde la competencia, incluye aquellos actos en la cláusula general de los "usos honestos" del artículo 10. Por lo tanto, no creo ser infiel a su criterio al considerar que desde el ángulo ajeno a la estricta competencia, la publicidad que excita al juego debe enjuiciarse por atentar a las buenas costumbres que se reconocen en nuestro país puesto que el juego está proscrito. Lo que sin duda serviría también para poder juzgar sobre la legalidad de los actos publicitarios que se presentan como juego del azar.

En el segundo sentido, vá contra las buenas costumbres aquel acto de publicidad cuya sugestión se logra por representaciones de conductas que la moral social rechaza. Desafortunadamente en este terreno son cada días más numerosos los ejemplos. Y no sólo -aunque sea lo más extendido- en relación con el sexo que se convierte a veces en protagonista único de cualquier anuncio sobre cualquier producto -que es lo que resulta más asombroso-, sino en relación al éxito en la vida en base a una deslealtad o a la violencia y,

especialmente, en relación al desprecio de medidas de seguridad que la conciencia moderna exige -y a veces los reglamentos- en determinadas actividades capaces de desencadenar una peligrosidad. La referencia a la publicidad del motor parece ahora obligada (23).

De intento, he dejado para el final el comentario a lo dispuesto en el artículo 7º del Estatuto sobre los derechos de la personalidad como límite de la actividad publicitaria.

Lo primero que hay que decir es que no se reduce el precepto a la lesión que a los derechos de la personalidad puede producirse en el aspecto o en la fase de la instrumentación del acto publicitario. Es inevitable, en efecto, pensar que el derecho a la imagen, a la fama, al nombre, a la paternidad de las propias acciones, etc. se hace evidente sobre todo en relación con la expresión formal del mensaje por la utilización de figuras, nombres, afirmaciones, etc. de las personas que aparecen.

Por supuesto que ningún acto publicitario puede realizarse sin dar cumplida satisfacción a las personas que han prestado su imagen o su nombre para la instrumentación. Pero creo que desde el planteamiento que se señaló al princi-

pio del análisis tampoco puede ningún acto invadir el "ámbito general de respeto a la persona" que inalienable e imprescriptiblemente se conecta a ella misma por el hecho de serlo (24). Porque "el derecho del anunciante a comunicar al público no es el derecho de gritarle estentóreamente en cualquier circunstancia, lugar o momento" (25).

Y en este sentido entiendo que si respecto de los "derechos de la personalidad" cabe una interpretación estricta (26) el legislador debió huir de la referencia. Y puesto que se contiene en la ley y su finalidad general nos es conocida, la interpretación debe ser lo suficientemente amplia como para hacer coincidir sus contornos con los del ámbito general de respeto a la persona, aunque en algunos aspectos no se hayan construido todavía los conceptos que sirvan para delimitar el contenido de un derecho de la personalidad en sentido técnico.

Ese ámbito de respeto que supone el campo de intimidad, sosiego y libre determinación de las acciones de la persona debe ser inviolable por la publicidad hasta extremos de la máxima severidad. Se hace tanto más necesario modernamente el respeto cuanto mayores y más numerosos son los medios con que se cuenta para faltar a él. Y, entre ellos

la publicidad no es el menos importante,

Por eso, a esta luz ha de entenderse también la idoneidad de ciertos medios de comunicación para servir de soportes publicitarios. No puede negarse que la televisión, en este aspecto, invade preocupantemente sectores del ámbito de la personalidad de modo que muy difícilmente puede justificarse. Por lo mismo, también quedan proscritas aquellas formas publicitarias que se dirigen al subconsciente directamente y frente a las que la persona se encuentra inerme. Por cierto que sea cuál sea el fin que tales formas se propongan, incluso en el puro terreno de la propaganda y para obtener resultados que se estimen de bien común. Porque, que se sepa, el fin sigue sin justificar los medios.

En la misma línea, en mi opinión, se sitúan aquellas formas de publicidad que impertinentemente parecen forzar a un hacer del destinatario. Como sería la devolución de un libro enviado sin previa solicitud (27), sin olvidar que este principio del artículo 7º del Estatuto impone un límite a la actividad publicitaria en cuanto exige la adecuación de los medios utilizados a la realidad de la comercialización de los productos. Porque entiendo que una inadecuación puede producir unos sentimientos de frustración en las personas que justa-

mente debe impedirse en la disciplina jurídica de la publicidad. Y no parece insistencia inoportuna repetir que también en este punto la televisión destaca su peligrosidad como medio utilizado indiscriminadamente incluso para promover la contratación de bienes y servicios que físicamente no puede realizarse por razones geográficas. Lo que seguramente además tiene unas repercusiones no acaso mensurables pero sí existentes en los movimientos de población que tantas veces vuelven a ser causa de nuevas frustraciones (28).

Entiendo que si se establece una disciplina jurídica especial de la publicidad por su trascendencia social, o realmente se atiende a toda la dimensión del fenómeno o resulta un expediente formal inútil. Consiguientemente, es mi opinión que cualquier interpretación de la disciplina debe favorecer su plena eficacia siempre que no se impida expresamente por los términos mismos de las normas.

Como se advierte, de todo lo expuesto hasta aquí, al enjuiciar el acto desde el "principio de legalidad", han de analizarse todos los elementos que lo configuran y el acto mismo por su "resultado publicitario". El fin -que es el bien que promueve el acto- puede ser contrario a la ley, a la moral o a las buenas costumbres. El objeto -el mensaje- puede

y debe contemplarse desde todos los conceptos que se engloban en el "principio". Lo mismo que la forma del acto en cuanto hace referencia al medio utilizado.

Y todos esos elementos combinados darán una imagen capaz de contrastarse con aquellos conceptos y sólo cuando se resista el contraste el acto de publicidad será lícito.

#### IV - EL PRINCIPIO DE AUTENTICIDAD.

Aún a riesgo de alterar el orden que el Estatuto sigue en la formulación de los "principios", me parece más útil no separar el análisis de los dos restantes por referirse más directamente al aspecto económico del fenómeno publicitario.

Del artículo 9º del Estatuto se deduce claramente que persigue la necesidad de que el público diferencie la información no publicitaria de la publicidad.

Este "principio" se conecta a la salvaguarda del público interés sobre la información, viniendo a completar lo ya dispuesto con carácter general para ésta, sea en la ley de 1966 sobre Prensa e Imprenta sea en las disposiciones que la desarrollan o complementan (29).

Cualquier mensaje publicitario que se difunda



a través de un medio de comunicación social debe identificarse como tal mensaje. Con ello, acaso la denominación que mejor cuadre al "principio" en cuestión sea la "de identificación" que es, por otra parte, como se denomina por la Cámara de Comercio Internacional en el Código de prácticas legales en materia publicitaria por ella elaborado (30).

Para CABANILLAS el principio de autenticidad es una simple aplicación del de veracidad, impuesto por el artículo 8º, al modo de presentarse el mensaje en el contexto informativo del medio (31). La primera verdad, en efecto, está en el hecho de que se manifiesta como comunicación publicitaria. Sin embargo, esta aproximación de ambos principios si quiere acogerse en profundidad, abre peligrosamente el camino a una dirección doctrinal que está dispuesta a ver en el de autenticidad fundamento para sostener la admisibilidad del *dolus bonus* en los mensajes publicitarios.

El argumento, sostenido entre nosotros por MARTIN OVIEDO (32) se puede exponer del modo siguiente.

El hecho de que un mensaje publicitario se manifieste inequívocamente como tal comporta la aplicación por parte de los destinatarios de un coeficiente de reserva o des-

confianza, en el que se encuentra una de las más firmes defensas de la comunidad frente a las informaciones tendenciosas que se le suministran. El conocimiento de la tendenciosidad matiza el contenido mismo del mensaje y, sobre todo, su fuerza persuasiva. Parece, en consecuencia, que el principio de identificabilidad del mensaje permite reconocer como admisible el *dolus bonus*, que será no malicioso precisamente por el proceso psicológico de descarga sugestiva a que aquél principio le somete.

Sin perjuicio de dedicar al *dolus bonus* la atención que merece en relación con la veracidad que impone el artículo 8º, es necesario advertir que justificarlo en base al artículo 9º parece desmesurar la ratio del precepto.

Dos son, a mi juicio, los aspectos cruciales de la cuestión, de un lado, y por el posible conflicto entre los dos órdenes a que sirve el medio de comunicación de masas, se plantea la necesidad de soslayar la presión directa o indirecta de los anunciantes sobre el medio en la inspiración del contenido informativo, en la salvaguarda de la veracidad, objetividad e independencia que debe presidirlo en favor del derecho del público a la información. El medio llega entonces a vincularse estrechamente con su audiencia en virtud de esa

general fiabilidad que ésta le otorga.

De otro lado, y como distinta vertiente de la misma cima, el anunciante no debe aprovecharse de la fiabilidad conquistada por el medio, que podría acarrearle además su propia pérdida de prestigio.

Uno y otro aspectos quedan atendidos mediante la obligatoria identificación del mensaje que permite distinguir al público lo que es opinión del medio y lo que es opinión de quien lo utiliza para sus comunicaciones interesadas.

El principio de autenticidad mira fundamentalmente a la salvaguarda de los medios informativos. En la discusión de la ley de prensa de 1881 en Francia se propuso introducir el siguiente precepto "Bajo pena de comprometer su responsabilidad, todo diario que publique un reclamo deberá colocarlo bajo un título que indique, claramente, que no emana de la dirección" (33).

Aun antes de publicarse el Estatuto de la Publicidad, los periódicos más serios y prestigiosos guardaban ya celosamente este principio. No se trata, desde luego, ahora de salvaguardar o no la responsabilidad del medio por el contenido de los mensajes, sino su crédito y su prestigio como medios de opinión no manipulada.

Se podrá argüir con toda razón que este principio en modo alguno cubre el ancho frente por el que la manipulación puede, efectivamente, realizarse. La presión directa o indirecta de los anunciantes sobre el medio no se evita eficazmente por este cauce sólo. Sin poder detenernos a analizar aquí las encontradas opiniones que existen sobre si cualquier otro método de obtención de recursos financieros por los medios distintos al de la publicidad supondría o no un positivo avance en este terreno (34), ya se ha dicho que el problema pertenece no a la regulación de la publicidad, sino a la de la información, y que lo único que en aquella puede establecerse es la exigencia de que los medios habiliten "espacios" diferenciados en que se inserten los mensajes de publicidad.

Llevando el principio de autenticidad a sus últimas consecuencias desde la finalidad aquí señalada, resulta forzoso, si se quiere respetar el principio, que los "espacios" se mantengan en completa independencia material y física con el contenido editorial e informativo general del medio. La cuestión es trascendental, sobre todo en relación con los medios audio-visuales, puesto que la relevancia del factor tiempo puede actuar como impulso a la presión de los anunciantes sobre la programación de las horas que cuentan con mayor audiencia.

De todo ello resulta que el principio de autenticidad no tiende a rebajar la importancia de la adecuación de la argumentación publicitaria con la verdad, sino que tiende a que se adecúe la manifestación del mensaje con su verdadera naturaleza -y, en este sentido, es cierto lo señalado por CABANILLAS-, sin que se robustezca con el crédito que goza el medio a que se incorpora, y que no le pertenece.

Si tal principio no existiera, de hecho todo mensaje se convertiría en una "publicidad testimonio", que se beneficiaría indebidamente de la fiabilidad que el "testigo" mereciera al público.

Por este camino se llega al vidrioso asunto de la llamada publicidad redaccional, que en último término no es sino una versión de la publicidad testimonio. Con ella, el anunciante pretende que sus argumentaciones se manifiesten al público como opiniones de quien no aparece como interesado en los juicios encomiásticos de los productos o servicios. Se endosan de este modo las declaraciones publicitarias al cuerpo de redacción del medio, y se extraen de los "espacios" que en éstos se destinan al suministro de las declaraciones de esta especie.

Restrinjo el concepto de la publicidad redac-

cional a aquélla en que por ningún signo externo es reconocible por el público que se trata de mensajes publicitarios, porque con tales signos -como ocurre con la utilización de las expresiones: "comunicado" o "remitido", etc.- se impide que se produzca la equivalencia entre declaraciones publicitarias y opiniones del informante.

La cuestión es verdaderamente importante porque si la fiabilidad que merece al público el emisor de las comunicaciones es factor de singular importancia en todos los casos, en alguno resulta decisivo por el valor que se dá al parecer de los que se estiman más expertos en la materia.

La publicidad redaccional muestra sus caracteres esenciales en un doble plano.

De un lado, puede manifestarse como mera opinión informativa, a través de una serie de supuestos artículos o secuencias que giran en torno de las actividades del anunciante oculto, de su persona, de su marca, de las propiedades de sus productos o de la forma de su utilización.

De otro, y es todavía de mayor importancia, la publicidad redaccional puede conectarse a la actividad de crítica o de comentario especializado sobre diversas cuestiones o materias. En este campo, el anunciante oculto se apr

vecha no sólo de la fiabilidad genérica que el medio merece a su audiencia -que es lo que sucede en el supuesto anterior- sino además del crédito que merece el parecer de quién se considera perito o experto. Piénsese, sobre todo, en materias en que este parecer juega papel preponderante en las decisiones del público, así en el relativo a la publicidad del motor o financiera, sin que pueda dejar de aludirse a la publicidad relativa a la fiesta de los toros, y, en general, del espectáculo.

Cuando la doctrina extranjera se ha planteado este tema de la publicidad redaccional, en general lo ha referido al ámbito de la disciplina de la competencia desleal (35). No debe olvidarse que fuera de nuestro país, el fenómeno publicitario no ha merecido una regulación jurídica independiente de aquélla especial disciplina, que se erige así en única perspectiva posible para el enjuiciamiento del acto de publicidad.

No puede negarse por supuesto que la cuestión incide en el ámbito de la competencia desleal, porque, efectivamente, todo acto publicitario debe ser valorado desde el principio que la proscribire.

Pero al formular expresamente nuestro Es-

tatuto el "principio de autenticidad", extrae el caso de la publicidad no abierta o franca, de los posibles supuestos de deslealtad en la competencia a través de la publicidad. La redaccional ha de valorarse, en consecuencia, con total independencia de que se den o no los presupuestos que desencadenan la aplicación de la disciplina de la competencia desbal, constituyéndose en supuesto autónomo de ilícito publicitario que, como tal, debe ser reprimido, y lo es de hecho a virtud de lo establecido en el artículo 9º del Estatuto.

Es inevitable en este punto referirse a los llamados números o programas extraordinarios que los medios informativos suelen hacer periódicamente relativos a materias o zonas geográficas que se tratan monográficamente. Se nutren tales extraordinarios con mensajes publicitarios de algún modo conexos con su contenido informativo. Hasta qué grado comportan una permisibilidad a la luz del "principio" de plena identificación del mensaje publicitario, es algo que tampoco puede señalarse a priori con carácter general. Pero ésto no significa, en mi opinión, que pueda considerarse permisible en todos los casos, sino que habrá de valorarse tanto la materia en sí informativa como la naturaleza y formal expresión de los mensajes publicitarios que se incorpo -



re (36). En todo caso, desde luego, deberá ser respetado el "principio" de tajante separación entre aquélla y estos, que, normalmente, se presentarán como pertenecientes a la categoría de la llamada "publicidad institucional" o "de prestigio", lo que no los priva, sin embargo, de su sometimiento íntegro a la disciplina contenida en el Estatuto porque, como sabemos, todo acto publicitario le queda sometido. Los supuestos más conflictivos en este terreno se manifestarán, a mi juicio, en relación a aquellos medios específicos por la materia pero no por el público que constituye su audiencia: motor, sección de finanzas de un diario, espectáculo.

Otro aspecto de esta cuestión que no puede silenciarse, me parece que es aquél en que el mensaje publicitario se suministra por el medio conjunto e inseparablemente de la información misma o de la comunicación en general, -no sólo informativa- que rinde el medio. Me refiero a aquellos supuestos en que los mensajes se incorporan a la comunicación general. Se advierte que solo en algunos medios es ello posible: el cine y la televisión fundamentalmente. No hay que acudir al ejemplo de la publicidad subliminal aunque sea desde luego su más genuina manifestación. Basta con pensar en aquellas películas o programas en que se descubren alusiones elogiosas a firmas, marcas, etc.

Chocan éstas de modo indiscutible con el principio de autenticidad, además de perturbar en la mayoría de los casos el juego de la competencia referida al estricto campo del mercado publicitario. En el medio televisión los ejemplos típicos son dos -que se extienden "mutatis mutandis"- también al medio radio: Por un lado, aquellos programas que por consistir en concursos comportan la adjudicación de unos premios que, por lo común, se otorgan por casas comerciales. Y en tales programas se alude expresa -y acaso reiteradamente- a estas "generosas" casas que brindan su apoyo. Insisto en que este proceder incide claramente en el campo de la competencia en el mercado de la publicidad. Regalar un objeto, por valioso que sea, proporciona a quién lo regala una verdadera publicidad que, generalmente, no suele contratarse como tal, evitándose así el costo muy considerable que representaría. Pero aquí interesa observar esa publicidad en cuanto no identificable a través de una neta separación del contenido -en estos casos, de entretenimiento- del programa.

Otro típico proceder se descubre cuando a través de retransmisiones en directo, generalmente de espectáculos deportivos, salen a imagen una y otra vez mensajes

publicitarios confundidos con el desarrollo del espectáculo. Se dirá que resulta inevitable por cuanto que en estos casos, un medio -televisión- se superpone a otros medios -las vallas del estadio o recinto-, y que servir el espectáculo implica servir los mensajes incorporados a este último medio, que vé ampliada su audiencia. También en este caso se advierte su incidencia en la competencia en el mercado publicitario. Prescindiendo aquí de este aspecto, es innegable que al espectador se le somete a un martilleo publicitario, que es tanto más intolerable cuanto no puede escapar de él y cuanto más penetra inconscientemente la simple repetición visual de una marca o un nombre a secas, que es a lo que, por lo general, se limitan los mensajes de esta naturaleza.

Ya que se ha aludido a ella, es preciso referirse a la llamada publicidad subliminal. No se van a recoger los argumentos de orden moral que la hacen rechazable. Resulta palmario que una publicidad oculta que sólo actúa en el subconsciente por mecanismos de psicología profunda, debe ser considerada un medio ilícito en todos los casos., incluidos, desde luego, aquéllos en que se efectúe a favor de actuaciones que se estiman adecuadas al bien común. Claro es que, desde un punto de vista jurídico, la cuestión es por demás es

pinosa, puesto que por tratarse de apelaciones al subconsciente resulta muy problemática su prueba. Los imperativos morales se sobreponen a los que derivan del Derecho que parece que no puede ir más allá de la mera declaración fundamental de ilicitud.

En los demás casos señalados, que están en el límite de lo jurídico, es obligado el análisis desde el "principio de autenticidad" y, en su virtud, considerarlos ilícitos y jurídicamente sancionables.

De lo expuesto hasta aquí se deduce que al imponer la ley la neta identificación de los mensajes publicitarios, lo hace inspirada en la necesidad de salvaguardar el crédito público que merecen los medios informativos como pieza importante de la convivencia y de la organización social, y de impedir que sea puesta indebidamente al servicio de intereses diversos a los puramente informativos. Trata con ello la norma de deslindar los dos órdenes de servicios que el medio presta, puesto que su participación en ambos es por completo diferente. Respecto del servicio informativo, el medio destaca como emisor de las comunicaciones. En el servicio de suministro de "información" publicitaria, el medio es sólo el soporte físico -materia o energía- que se pone a disposición

de los verdaderos emisores de las comunicaciones, los anunciantes.

Es ciertamente una cuestión de fiabilidad del mensaje, pero no se establece el "principio" para que se rebaje el coeficiente que al público merezca, sino para que no se robustezca abusivamente. Se persigue, que el mensaje quede encuadrado en las dimensiones que por su propia naturaleza le corresponden, haciéndose patente la limitada intervención del medio informativo. Pero ello, me parece que no comporta consecuencia alguna respecto a la argumentación publicitaria en sí misma y a su adecuación a la realidad susceptible de comprobación. El mensaje debe ser manifiestamente publicitario, y es a éste al que se impone obligatoriamente que sea veraz, sin que aquélla patente condición de su naturaleza altere esta exigencia, sino que, por el contrario, por ser publicitario debe ser verídico, porque es a la actividad manifiestamente publicitaria a la que se reconoce una eficacia en cuanto generadora de la confianza del público, y es ésta confianza la que se protege con el "principio de veracidad".

Por lo mismo, no hay ni contradicción entre ambos "principios" ni tampoco un proceso de minimización de este último por el de autenticidad. Ambos coexisten y se apli-

can con toda su eficacia a cada acto de publicidad. Y así ocurre en nuestro derecho, y así lo ha entendido la Cámara de Comercio Internacional que exigiendo en el Código que tiene elaborado una rigurosa identificación de los mensajes, no duda en exigir igualmente que se mantengan en los límites de la veracidad, principio que, por cierto, formula con mucha mayor precisión y rigor que el Estatuto español.

Puede recordarse aquí el fallo del Jurado de 12 de diciembre de 1968 (37) en el que se estimó la infracción del artículo 9º del Estatuto de la Publicidad.

NOTAS AL CAPITULO VI

- 1) En este sentido, P. CABANILLAS, op. cit. pág. 29. Parece más inclinado a considerar los "principios" como equivalentes a los generales del Derecho J.M. MARTIN OVIEDO, (op. cit. pág. 13 y siguientes).
- 2) Sería interminable una preferencia bibliográfica sobre los valores que la publicidad afecta. El fenómeno está presente en obras de juristas, economistas, sociólogos, psicólogos, moralistas, historiadores, lingüistas, etc.. Específicamente se contempla la cuestión en el Informe recogido en "La publicidad como...", pág. 235 y siguientes.
- 3) El Profesor FERNANDEZ NOVOA se refiere incidentalmente a la cuestión, en el sentido que recojo en el texto (C. FERNANDEZ NOVOA, op. cit. nota 21) en pág. 18).
- 4) El Profesor GARRIGUES no duda en celebrar la "huida" del legislador a las cláusulas generales que "permite alcanzar las alturas de la Etica" (J. GARRIGUES: "La publicidad y sus fundamentos..." cit. pág. 21).
- 5) Sobre la cuestión, P. CABANILLAS, op. cit. pág. 31; C. FERNANDEZ NOVOA, op. cit. pág. 19.
- 6) La contemplación del medio trae a primer plano circunstancias de lugar y tiempo, que juegan papel importante en la determinación de la competencia.
- 7) A la interpretación de "las expresiones publicitarias" - consagra su interesante y documentado estudio el Profesor FERNANDEZ NOVOA, Normalmente la doctrina se ocupa de la cues

ción en relación con el principio de veracidad que es ciertamente el punto crítico en la materia.

8) M.J. SIMON: "The law of Adverting and Marketing". New York 1.956. A. VANZETTI en "La represione..." cit. expone sus reservas sobre el sistema. Que se apuntan también por GHIDINI: "Introduzione..." cit. pág. 116.

9) Los riesgos del sistema al establecer el tipo "medio" se denuncian por G. GHIDINI: "Introduzione..." cit. pág. 107 y siguientes.

10) Efectivamente el riesgo del recurso a una prueba parcial de penetración del mensaje reside en que se realiza desgajándolo de su contexto, y por lo tanto se altera la posición psicológica del receptor. Pero entiendo que el actual perfeccionamiento de las técnicas psicológicas puede suministrar elementos correctores de los resultados de los post-test individualizados que los aproximen a la eficacia presunta del mensaje en su contexto de penetración de masas. A lo que debe añadirse desde luego un coeficiente más de "seguridad" rebajando la estimación del número de individuos que entiendan el mensaje de modo que se juzgue indeseable. De modo que la mera posibilidad de que un corto número de destinatarios lo interpreten en un sentido debe ser suficiente a juzgar que es ese el sentido que el mensaje tiene para el público. Confieso que en este orden, cualquier rigor en el enjuiciamiento me parece absolutamente justificado. Mucho más si normas legales positivas vedan la hipocresía de tenerlas formuladas para echarles el agua en su aplica-



ción. ¿Qué razón puede válidamente justificar que un régimen legal previsto para impedir la manipulación del hombre por el hombre, no se apliquen de modo que produzca la plenitud de sus efectos?

11) J.M. MARTIN OVIEDO, op. cit. pág. 14 y siguientes.

12) J.M. MARTIN OVIEDO, ibidem.

13) La construcción de MARTIN OVIEDO (vide op. cit. pág.

17) puede, en mi opinión inducir a un doble equívoco, que seguramente no está en su intención. Puede parecer que sólo han de respetarse las normas relativas a la materia publicitaria por la referencia que hace a las que considera "fuentes del Derecho de la publicidad", teniendo en cuenta que - considera (vide pág. 12) que el Derecho común que se aplica según el artículo 4 del Estatuto es el conjunto de normas "que conciernan a la materia". Pienso que no debe involucrarse la normativa reguladora del sector del tráfico - publicitario con la que puede quedar violada por el acto de publicidad, porque su disciplina mira a su instrumentalidad y por lo tanto las leyes a que se refiere el artículo 7º del Estatuto son las normas aplicables no sólo al sector publicitario en cuanto tal, sino además al sector que queda afectado por la actividad principal del anunciante. Por otro lado, vuelve a surgir la diferenciación entre ins dispositorum y ins cogens, a mi juicio, innecesariamente y con el peligro de no contribuir al imprescindible esclarecimiento de que en materia de la disciplina de la publi-

cidad como fenómeno social no juega papel la voluntad de las partes no por el carácter coactivo de las normas que la imponen sino porque no es susceptible de disposición voluntaria. Sobre la interpretación del término "ley", el fallo del Jurado de 10 de marzo de 1.969: Sindicato Frutos contra Orange Crush y otros.

14) Como no se trata de un problema de validez del acto, sino de licitud, no comparto íntegramente el criterio de MARTIN OVIEDO (ibidem) de que el carácter de la norma violada dependerá "el resultado concreto de esa ilicitud (nulidad, pena...).". Con absoluta independencia de la sanción que pueda merecer la actividad publicitaria en concreto contemplada desde otros ángulos -y en ese sentido es certera la opinión de de MARTIN OVIEDO-, al haber publicado un mensaje -contraviniendo de algún modo una norma vigente es un supuesto de ilicitud que desencadena el mecanismo represor del Estatuto. Un anuncio que se estime ilícito puede producir la nulidad del contrato por el que se ejecutó o incluso la del contrato que se concluyó por su causa por alguien del público -si es que se aprecia como determinante de un vicio de consentimiento por ejemplo-, pero eso es algo independiente del acto de publicidad en sí que por ser ilícito merece su específica sanción legal prevista en la Ley de la publicidad.

15) Con fecha 14 de junio de 1.968 publicada en ABC, N. FERNANDEZ-CUESTA una de sus jugosas notas con el título "ideas descongeladas". Prescindiendo de las exigencias que el pe-

riodismo impone a la exposición de las ideas, las del autor son suficientemente atractivas y "cálidas" como para merecer reflexión. El problema: las necesidades, "que ascienden en helicóptero" mientras los precios en ascensor y las rentas salariales por la escalera. Diagnóstico: la pregunta del autor "¿Vamos a incubar ya otra tercera estabilización?". Remedios: "ideas descongeladas". Sobre el problema de la intervención limitativa de los volúmenes de publicidad, es obvio que puesto que es instrumento del sistema de mercado y es éste el que preside actualmente nuestra organización económica, parece que no cabe medida globalizadora. A lo sumo es posible limitar ciertas manifestaciones en concreto por estimarlas atentatorias a valores superiores. Así, por caso, las prohibiciones por razón de paisaje monumental o pintoresco, por razones de urbanismo, etc.

Pero se advierte que estas medidas ya son en sí mismas un límite a la publicidad en ciertas modalidades. Por idéntico principio cabe limitar otras modalidades indeseables y que chocan abiertamente con la inspiración de normas vigentes. En mi opinión el cauce para suspender la publicidad en Televisión Española existe. Es más, considero que es inexcusable proceder a la suspensión porque la Administración y el Gobierno deben cumplir las leyes, y, en concreto, el artículo 7º del Estatuto.

16) Por cierto que "el buen gusto" es recogido por primera vez en España pero no en el mundo. Porque en Alemania ya -

aludían a ellas directrices que dictó el Consejo de Publicidad en los años treinta.

17) P. CABANILLAS op. cit. pág. 38. Parece que admite el criterio J.M. MARTIN OVIEDO, op. cit. pág. 16.

18) Y en este punto recuerdo un anuncio profusamente pasado por televisión en que Napoleón se encargaba -en colaboración con la voz de Josefina- de proclamar las excelencias de una estufa. Me pregunto lo que hubiera sido la crónica de algún corresponsal español en París si en la televisión francesa hubiera anunciado Isabel la Católica la marca de una ropa. Porque en cuanto al sentido del humor creo que es desafortunadamente parejo en ambos países. Claro es que las apariciones de Napoleón no se caracterizaban precisamente por su humor.

No creo que pueda olvidarse que SANCHEZ ALBORNOZ en su entrañable "España, un enigma histórico", destaca la vieja inclinación del pueblo español hacia lo rahez. Pues bien, ejemplos de que perdura creo que no faltan. Incluso en Televisión Española -con todos los debidos respetos a las personas- ocupan lugares de popularidad indiscutible personajes y programas que responden a la constante denunciada. Pero -si ello es servidumbre del medio que se debe al público en cierta medida, ponderar su misión educativa debe ser inexcusable. Cualquier standard para admitir "spots" que imponga Televisión Española en razón del "buen gusto", sea bienvenido. Porque a la larga, a lo mejor contribuye a que, eleva

do el tono de la publicidad pierdan popularidad personajes y programas que tampoco responden al standard, y pueda en consecuencia desligarse de su penoso compromiso de servirlos.

19) J. M. MARTIN OVIEDO, op. cit. pág. 17, especialmente nota 23).

20) Incluso en Francia es numerosa la jurisprudencia sobre la materia (vide LOUSTALAN, op. cit. pág. 273).

21) Comprendo la radical diferencia entre el significado de buenas costumbres en una filosofía marxista y el que tiene fuera de ella. Pero no creo que fundamente una acusación - de marxismo sostener que el patron de las buenas costumbres rebasa hoy día el ámbito de las conductas individuales, para alcanzar también el comportamiento en sociedad.

22) En general, de un modo u otro son reglas recogidas en todos los Códigos deontológicos y especialmente en el elaborado por la Cámara de Comercio Internacional.

23) Expresamente se recoge en el Código de la Cámara de Comercio Internacional la norma que prescribe: "la publicidad no debe estar supeditada a situaciones en que las medidas normales de seguridad no se respetan, arriesgando e incluso fomentando así, los descuidos o imprudencias".

En relación con la publicidad de automóviles que incita a un comportamiento antisocial en la conducción -todos podemos recordar ejemplos-, pienso que en buena medida quedarían incurso en supuestos de contradicción

con normas positivas. Pero en todo caso debe quedar pros-  
crita por este cauce que ahora se analiza en lo que el otro  
resulte insuficiente.

En esta materia, un ejemplo ilustrativo de  
lo que en mi criterio no puede resistir una confrontación  
con las buenas costumbres. Televisión Española pasó repeti-  
damente un spot para anunciar un aperitivo en el que toda  
la circunstancia ambiental reproducía la imagen a que debe  
de responder un lugar y un momento en que se trafica y con-  
sumen drogas. Creo que huelga todo comentario.

24) La expresión, como es sabido, es la manejada por el -  
Profesor DE CASTRO que no duda en sostener que el respeto  
a la persona constituye un principio general de nuestro De-  
recho (F. DE CASTRO: "Derecho civil..." cit. T. II pág. 37).

25) Informe en "La publicidad como..." cit. pág. 244. Se-  
guramente por razones de técnica publicitaria de modo prin-  
cipal, uno de los hombres más ilustres en el campo comercial  
de la publicidad española en los últimos años, LINTEN, pro-  
nunció en París en abril de 1.965 ante el XVII Congreso Mun-  
dial de la I.A.A. una conferencia con el título "La obliga-  
da soft-selling en el cine publicitario", defendiendo tal  
sistema frente al hard-selling. Y aunque fueran aquellas -  
las razones principales no por ello deja de ser alentadora  
la posición del conferenciante. En todo caso se evidencia-  
ría que la publicidad es la primera beneficiaria cuando se  
mantienen en tonos no agresivos sino cordiales.

26) Entender que sólo eaben en el concepto los que ya preci-  
sados por la técnica jurídica me parece una restricción in-  
tolerable en este terreno (vease J.M. MARTIN OVIEDO, op. cir.  
pág. 15 y siguientes), si bien no decisiva partiendo de la  
configuración del Profesor DE CASTRO, porque siendo el deber  
de respeto un principio general, me parece obvio que las -  
normas deberán interpretarse del modo más adecuado a la ple-  
nitud de su realización en la vida.

27) Con independencia de la ausencia de valor de tales im-  
posiciones desde la dogmática de las obligaciones, creo que  
ese impertinente acto merece calificarse de ilícito,

28) No creo que puede dudarse que mientras Televisión Espa-  
ñola continúe transmitiendo publicidad, ésta debe referirse  
sólo a productos de verdadero mercado nacional, que puedan  
adquirirse por cualquiera en sus propias áreas de consumo.

29) El artículo 38; 2 de la ley dispone que "la publicidad  
que exprese opiniones sobre asuntos de interés público debe  
rá contener el nombre y la dirección del anunciante".

30) Denuncia el error de la denominación J.M. MARTIN OVIEDO,  
op. cit. pag. 19.

31) P. CABANILLAS, op. cit. pag. 41. Parece aceptar el cri-  
terio el Profesor FERNANDEZ NOVOA (op. cit. pag. 19) pero  
en realidad se limita a citar a CABANILLAS textualmente, sin  
pararse en absoluto a contemplar el tema.

32) J.M. MARTIN OVIEDO, op. cit. pag. 19.

33) LOUSTALAN, op. cit. pag 291.

34) Informe en "La publicidad como ..." cit. pág. 105 y siguientes.

35) Vease, R. FRANCESCHELLI en Riv. Dir. ind. 1.964, comenzando tres sentencias que se referían a un supuesto de publicidad redaccional.

36) Con fecha 4 de octubre de 1.968 el Jurado de la Publicidad ha dictado un fallo sobre la cuestión planteada contra una revista deportiva. Aún cuando la denuncia se promovió por razones que no son ahora del caso, es importante - que, proyectando y realizando la revista números extraordinarios dedicados a temas no deportivos, el Jurado, estimándolo irregular, acordó dar cuenta del hecho a la Dirección General de Prensa para que se procediera en consecuencia.

Considero desde luego que con ello - el Jurado excedió su competencia. Pero creo que tiene sin embargo trascendencia el hecho de que no entrara a enjuiciar por sí el supuesto, porque demuestra que no se ha dejado llevar a la fácil impresión. de que se podían presentar problemas de competencia entre esa revista y otros medios informativos. Cosa que hubiera sido a todas luces equivocado, por deducirlo del hecho de la especialización de la revista. Ello comporta sólo unos efectos en el orden puramente administrativo. Y así es como lo entendió el Jurado.

Por cuando me refiero en el texto a valorar la materia informativa, no debe entenderse en ese sentido. Sino en el que ahora puede importar. Es decir, a



efectos del artículo 9º sólo importa la interconexión de la publicidad con las comunicaciones informativas de los medios.

37) Se citó en nota 56) al Capítulo anterior.

## CAPITULO SEPTIMO

### LA DISCIPLINA JURIDICA DE LA PUELICIDAD (Cont)

#### I - EL PRINCIPIO DE VERACIDAD

Acaso sea el de veracidad el principio de mayor trascendencia de cuantos establece el Estatuto. Al menos, es en el que la ley muestra mas resueltamente su voluntad innovadora, partiendo de una correcta comprensión del fenómeno publicitario. Por lo mismo, es generalmente el más debatido en la doctrina y en relación al cuál se manifiestan con mayor énfasis las contradicciones entre los sistemas positivos y las corrientes jurisprudenciales.

Se enuncia el principio en el artículo 8º del Estatuto que, por su importancia, transcribo literalmente: "En toda actividad publicitaria deberá respetarse la verdad, evitando que se deformen los hechos o se induzca a error.- Las afirmaciones que contengan alegaciones que se refieran a la naturaleza, composición, origen, cualidades sustanciales o propiedades de los productos o prestaciones de servicios objeto de publicidad, serán siempre exactas y susceptibles de prueba

en cualquier momento".

La complejidad del fenómeno publicitario, su incidencia en muy diversos sectores de intereses, la variedad de perspectivas desde las que es menester realizar el análisis y lo difuso de muchas de las nociones que es preciso manejar entrañan el riesgo de que el principio de veracidad sea mal entendido y peor aplicado, si es que no se realiza un esfuerzo clarificador de su significado que le individualice de otros criterios de enjuiciamiento del acto de publicidad.

Parte la ley de considerar a éste como una comunicación al público relativa a las circunstancias de contratación de bienes y servicios, con un designio esencialmente persuasivo para determinar a los destinatarios a esa contratación.

La publicidad constituye un factor de primer orden en las fluctuaciones de la demanda final de los bienes y servicios que, indiscutiblemente, altera el signo de las circunstancias económicas en el sector del consumo y por lo tanto en los procesos de producción y, en general, en todos los planteamientos económicos. Pero, además, la publicidad puede llevar a adquirir lo que no se hubiere deseado, cuando no se hubiere querido y en condiciones que no se hubieran consenti-

do de no haber mediado el intento suasorio.

La instrumentalidad del fenómeno publicitario respecto de la general actividad económica es el punto de partida para la imposición del principio de veracidad.

A) Autonomía del supuesto

En el discurso de defensa del Proyecto ante las Cortes el señor Subsecretario de Información y Turismo destacó que "el principio de veracidad protege no sólo la verdad en el contenido publicitario—cosa que ya bastaría para justificarlo—sino que ampara, sobre todo, al consumidor que, como destinatario final de las declaraciones o manifestaciones publicitarias, no puede ser inducido a error a través de una publicidad deformada".

No bastaría, sin embargo, la terminante declaración si no derivara de la propia ley la misma consecuencia.

En líneas generales, no se discute que la exigencia de veracidad tutele el interés de los consumidores. Las discrepancias se manifiestan en torno a la instrumentación técnica de la protección, en base, naturalmente, a los Ordenamientos positivos (1).

En mi opinión, el Estatuto español es, en

este punto, muy claro. La publicidad falaz se configura como un supuesto autónomo de ilicitud. El acto publicitario merece consideración desde diversos ángulos. Entre ellos, el de su adecuación a la verdad, que se formula con total independencia del contraste que debe resistir el acto con los criterios de la lealtad en la competencia, a cuya cuestión se destina el artículo 10 del Estatuto.

Consiguientemente, no es sólo que la publicidad falaz sea un supuesto autónomo o categoría específica de deslealtad sino que lo es respecto de la disciplina de la competencia desleal misma.

Lo que implica una calificación independiente de las circunstancias que hacen aplicable aquella disciplina, cuyo corolario es que la calificación no se produce por la potencialidad del acto para el desvío de clientela entre competidores.

El Estatuto hace inútil cualquier discusión sobre las condiciones que deben cumplirse para poder enjuiciar el acto desde la veracidad, cuando ésta se contrae al campo de la disciplina de la competencia desleal (2).

No debe deducirse, sin embargo, que el principio de veracidad no despliegue también unos importantes

efectos en orden a aquella disciplina. Pero siempre como eficacia refleja, precisamente por su específica virtualidad, y en relación con la terminante declaración contenida en el primer párrafo del artículo 10 del Estatuto que viene a permitir que el principio de veracidad juegue su eficacia en este campo.

Si se pretende dotar de un arma defensiva frente a la lucha no "por" sino "contra" la clientela, sólo cabe introducir el principio autónomamente respecto de la disciplina de la competencia desleal. Y esto justamente es lo que hace el artículo 8º del Estatuto. Que aproxima nuestro sistema a los que mantienen la exigencia de veracidad a través de normas de carácter público, en la misma medida que lo aleja de aquéllos que desconociendo el principio, incluso como supuesto autónomo de deslealtad, lo hacen jugar sólo dentro de los estrechos límites de los presupuestos y circunstancias de la disciplina de la competencia desleal.

Sin embargo, la aproximación que se señala no supone identidad, cuando la represión de la publicidad falaz se articula por la vía penal. Como ocurre en Francia desde la ley de 2 de julio de 1963 que recoge la tradición de su legislación sobre fraudes en el comercio.

Ni el artículo 8º del Estatuto tipifica una con

ducta antijurídica punible, ni, por lo tanto, la publicidad no veraz deviene figura de delito. Lo que no quiere decir que a través de ella no pueda consumarse uno -generalmente de fraudes en la vida del tráfico-, pero cuando así ocurra la sanción penal se vincula a la comisión del delito en sí que no es cualquier falacia publicitaria.

Entiende, por lo demás, que existen motivos para celebrar que nuestro sistema haya desechado el cauce penal en esta materia. Porque otra cosa equivale de hecho a reducir el significado del principio de veracidad en aras de los criterios fundamentales de interpretación y aplicación de las normas penales. Tanto por la necesidad de una tipificación de los supuestos como por la exigencia de la intencionalidad del autor. Sin olvidar que de la frecuente interposición de varias personas en la comisión del acto publicitario derivarían, seguramente, complicados problemas en orden a la autoría. La exigencia de la seguridad jurídica y de las garantías del justiciable restringe la represión de la publicidad no veraz que, con toda probabilidad, se manifestaría en formas y modos nuevos al margen de la punibilidad.

Si se acomete la represión penal entiendo que debe hacerse independientemente y como vértice de una

disciplina jurídica que contemple el fenómeno en su verdadera dimensión. El experimento francés demuestra cómo ha tenido que introducirse el elemento intencional -"mala fé"- y cómo, a pesar de la amplitud con que pretenden recogerse los supuestos, no puede prescindirse de un casuismo que, por tratarse de materia penal, implica una positiva restricción de la eficacia (3). Me parece muy problemático que el campo publicitario sea susceptible de una catalogación suficiente de sus múltiples manifestaciones posibles.

Pero, sobre todo, existe, a mi juicio, una singular razón para no reducir al ámbito penal la sanción de la publicidad falaz. Nuestro Estatuto parte de la visión cierta de que no sólo importa reprimirla sino que es necesario pronunciar positivamente la exigencia de veracidad, puesto que sólo así la publicidad rendirá un servicio útil a la sociedad. El artículo 8º encierra un valor proyectivo o programático que aproxima la norma a las que primariamente se proponen una finalidad semejante, y que no por cierto se encuentran sólo en los textos constitucionales sino que no es infrecuente encontrarlas en el ámbito jurídico-privado imponiendo patrones o standards de conducta.

Establecer que la publicidad debe respetar la



verdad supone introducir como norma positiva la regla de la responsabilidad social que alcanza el anunciante en cuanto tal. Que, consiguientemente, habrá de tenerse siempre en cuenta como presidiendo cualquier calificación que el acto publicitario merezca, aún desde los criterios impuestos por las demás normas.

Por esa razón, creo que nuestro sistema tampoco llega a identificarse con el vigente en Alemania. Pues aunque sin duda, tal como viene aplicándose por su jurisprudencia, resulta evidente la aproximación, sólo se produce, en realidad en el ámbito de la virtualidad propia del principio de veracidad, ya que no puede olvidarse que en aquél país se formula conectado a la lealtad en la competencia. Lo que supone que en lo que tiene el principio de eficaz respecto de esta última son los criterios de la disciplina de la competencia los que prevalecen (4). Cuestión de la que habré de ocuparme en su momento.

No considero necesario extenderme en destacar la radical diferencia que separa nuestro sistema de aquellos que -como el italiano- desconocen positivamente el supuesto de la publicidad falaz, incluso como categoría propia dentro de las generales que constituyen la deslealtad en la competen-

cia, cuya disciplina se mantiene además directa y exclusivamente vinculada al privado y particular interés de los competidores.

F) - Alcance del artículo 8º del Estatuto

El principio de veracidad surge como exigencia al ser la publicidad un factor de "manipulación" de los demandantes de bienes y servicios. Y de ahí que se formule positivamente en la cláusula general del primer párrafo del artículo 8º del Estatuto.

Los economistas han puesto de relieve que el consumidor al gastar su dinero "resulta un aficionado" (5) Y es un hecho que en numerosos sectores del tráfico de bienes, el adquirente paga más por la publicidad que por el coste del producto o servicio en sí. Sin entrar en las discusiones sobre si la publicidad favorece o no una baja de precios, que es algo que excede al análisis jurídico, parece que puede afirmarse que la publicitaria es la única comunicación que se subvenciona íntegramente por los destinatarios, que son quienes deben soportarla. Y no parece lógico que se encuentren desprovistos de cualquier control.

No creo que pueda tratarse, sin embargo, de convertir al consumidor en un "profesional" en sus decisio-

nes de consumo. Pero sí es preciso crear las condiciones favorables para que obtenga a cambio de su dinero exactamente el tipo de producto que satisfaga la necesidad que siente de modo efectivo.

Es en este planteamiento en el que ha de valorarse el principio de veracidad, cuya primera eficacia debe estar en frenar toda publicidad alborotadora que compromete seriamente la creación de aquellas favorables circunstancias en la misma medida que atenta al indudable interés de obtener noticias sobre el mercado y de que se mantengan en normal funcionamiento los mecanismos que tienden al mejor aprovechamiento de los recursos disponibles.

Llevados a sus últimas consecuencias el sentido positivo del principio resultaría que el anunciante debería suministrar suficiente información para una decisión racional de los destinatarios, incluyendo por lo tanto aún los aspectos negativos o menos favorables que concurren en su actividad principal.

Pero es claro que una tal exigencia pugna con el concepto mismo de la publicidad. Que ni siempre se manifiesta en actos estrictamente informativos ni deja en ningún caso de ser una expresión sugestiva y tendenciosa.

Es a la publicidad en cuanto tal a la que se impone la exigencia de ser veraz, con lo que de hecho ya se parte de la irrelevancia de su estructura en concreto y del reconocimiento de su tendenciosidad.

Si debe rechazarse una interpretación que confunda la problemática entre contenido informativo del acto publicitario y principio de veracidad, no creo, sin embargo, que deba admitirse que entre ambos órdenes existe una absoluta incomunicación.

El principio de veracidad se hace indispensable justamente por la libertad de que goza el anunciante en la instrumentación de su publicidad. Decidir si van a suministrarse informaciones en sentido estricto, cuales de entre las posibles y cómo se van a expresar o si la persuasión vá a obtenerse por otros sistemas comunicativos, es de la exclusiva incumbencia de quien emite el mensaje. Siendo la causa que se ponga como límite la veracidad.

En este sentido ya señaló el Profesor GARRIGUES que el principio debe acogerse "cúm grano salis" (6), condenando lo erróneo que sería suponer que por su virtud se exigiera rigurosamente expresas todas las circunstancias, también las desfavorables, del bien o servicio a que el

mensaje se refiera.

Pero esa vertiente errónea por excesiva, no debe llevar a caer en la otra, igualmente errónea por defecto, de privar de toda eficacia al principio de veracidad incluso dentro de los límites del contenido informativo mismo.

Como siempre, en la cúspide de las dos vertientes falsas creo que se encuentra la virtud de una interpretación eficaz.

De lo que se trata, sin duda, es de que no cree en los destinatarios la apariencia de que contratando con el anunciante se obtendrán unas ventajas que no se corresponden con la realidad (7).

Y, por lo tanto, si el anunciante no está obligado a decir todo lo que sabe, sí lo está a que lo que su mensaje "signifique" sea verídico. Lo que comporta que no podrá callar o dejar de significar lo que sea necesario para que lo que comunica no sea una falsedad.

La principal virtualidad del principio se despliega negativamente respecto a la publicidad reticente.

Como se advierte, el principio de veracidad es, desde luego, insuficiente para resolver el problema total de la racionalidad de los mensajes. Porque ni se dirige - ni

puede hacerlo - a imponer un "quantum" de información a los mensajes.

Problema éste que es función de muy diversos factores sociológicos, sin olvidar que el mayor volumen publicitario se refiere, por lo general, a bienes o servicios sobre los que cabe muy escasa información (8).

Por lo demás, resulta un verdadero contrasentido pensar que a los consumidores se les van a dar resueltos sus propios problemas desde los sectores que, precisamente, les convierten en objeto de manipulación. Del mismo modo a como la racionalización en los procesos de producción y comercialización se consiguió desde el seno de los sectores interesados, pienso que corresponde ahora que la racionalización del consumo se produzca por el esfuerzo de los propios consumidores. Y si la publicidad es arma de aquellos propósitos racionalizadores, también debe quedar radicalmente afectada cuando el esfuerzo sea de inverso sentido.

En este orden de cosas, séame permitido señalar mi opinión contraria a cualquier intento de neutralizar la sugestión publicitaria y su escaso contenido informativo por medio de mecanismos que, de algún modo, pueden constituir

nuevas manifestaciones del avasallador empuje de los designios de manipulación. Me refiero a los sistemas de controles de calidad, homologaciones internacionales, etiquetas o labels de garantía de pureza de las materias, etc. Un control eficaz só lo puede venir por cauces no comprometidos y solamente interesados en el mejor aprovechamiento de los recursos. La solución británica que propuso el Comité Parlamentario del Partido Laborista de un Consejo Nacional del Consumidor, me parece digna de ser acogida cuanto antes. Su proverbial sen tido práctico llevó al Comité a sugerir que, con el carácter de Organo público, el Consejo fuera financiado con cargo a ciertos impuestos sobre la publicidad, con lo que se repasaría la injusticia de que siendo los consumidores quienes la sufragaban no puedan contar con ninguna especie de control (9).

Si el anunciante no está obligado a suministrar toda la argumentación circunstanciada sobre el bien o ser vicio, no debe, sin embargo, ser inexacto en lo que manifiesta o aun respetando la verdad producir un resultado angustioso habida cuenta el proceso de respuesta de los destinatarios.

Por eso, el artículo 8º en su primer párrafo contempla como faltas de veracidad la deformación de los hechos y la inducción al error. Esta cláusula general de la

veracidad se completa con lo dispuesto en el párrafo segundo del propio precepto que impone la exigencia de "exactitud" respecto a determinadas indicaciones. Y que no es sino una aplicación concreta de la regla de la veracidad, que no agota desde luego el conjunto de supuestos en que debe calificarse el acto publicitario según tal regla.

No puede negarse la directa inspiración de este segundo párrafo del artículo 8º en el artículo 5º de la ley francesa de 1963 en que se recogen, entre otros, los mismos supuestos con idéntica expresión literal. También la Convención de París, revisada en Lisboa, contiene una lista de las alegaciones que cuando sean falsas deben prohibirse. Pero es de notar que en uno y otro texto se reprimen los actos publicitarios que induzcan a error a través de esas alegaciones. No se condena cualquier falacia sino, precisamente, la que se manifieste en relación con la lista que se contiene en los preceptos.

El artículo 8º del Estatuto no sigue, en modo alguno, tan insuficiente criterio. Por el contrario, estima reprimible todo acto de publicidad falaz por el hecho de serlo, estableciendo de modo rotundo e inequívoco la regla general de respeto a la verdad, que exige en todo caso evitar



que "se deformen los hechos o se induzca a error". Por lo que no parece posible sostener que sólo sea falaz el acto publicitario cuando sean inexactas las alegaciones sobre las indicaciones que se señalan en el segundo párrafo del artículo 8º para lo que, a mayor abundamiento, se hubiera bastado por sí mismo sin necesidad de que se estableciera la regla general.

Cabe preguntarse entonces por cuál sea el sentido que tiene la incorporación de una lista de indicaciones sobre las que se exige exactitud.

También en el parágrafo 3 la ley alemana contra la competencia ilícita encontramos una lista que, sin embargo, no tiene más valor que el meramente enunciativo (10). El mismo valor que sin género de dudas tiene el catálogo que paralelamente se contiene en el Código elaborado por la Cámara de Comercio Internacional. E igual cosa ocurría en las famosas Reglas de Palermo, antecedente del actual Código italiano de prácticas leales en materia publicitaria.

Ahora bien, ocurre que nuestro Estatuto - que seguramente se ha inspirado en las Reglas de Palermo según se desprende de su letra en este punto (11)- no se

ha contentado con señalar que se falta a la veracidad induciendo al error sino que también ha recogido la deformación de los hechos como falta de adecuación a la verdad. Lo que carecería de trascendencia si no se hubiera además continuado el precepto en su párrafo segundo. Porque de esta manera parecen estar presentes los problemas que se han planteado siempre en esta materia por la distinción artificiosa entre hechos o datos objetivos y juicios de valor (12).

Pero esta es cuestión que nos reconduce al siguiente paso en la indagación.

C) La determinación de la falacia

Ciertamente el punto crucial en esta materia reside en determinar cuando puede afirmarse que el acto publicitario es falaz.

Si lo relevante en el acto publicitario es su finalidad, es obvio que sólo podrá calificarse de no verídico aquél que produce un resultado publicitario que no resiste la comprobación con la verdad. A través del mecanismo de respuesta de los destinatarios, surge la apariencia de que se obtendrá una satisfacción contratando con el anunciante. Cuando tal impresión no se corresponda con la satisfacción que el bien o servicio realmente puede proporcionar, el acto publici-

tario es falaz.

Lo que ha de contrastarse con la realidad es la representación que ha surgido en los destinatarios sobre la satisfacción que contratar con el anunciante les proporcionará.

En este punto, de la veracidad publicitaria, no hemos de apartarnos de su significación peculiar que se manifiesta no en el hecho del condicionamiento de los comportamientos sino en su potencialidad para determinarlos. Y en este plano de la "motivación" de los destinatarios, lo que cuenta es que ella misma se acomode a lo que de verdad proporciona el bien o servicio cuya contratación se estimula, o incluso esta misma contratación.

De este planteamiento me parece que derivan las consecuencias que se exponen seguidamente:

- a) Resulta por completo irrelevante la intencionalidad del anunciante. La única que cuenta es la que genéricamente preside toda la actividad publicitaria. No se reprime una conducta sino que tiende a eliminarse un fenómeno novivo socialmente como es el acto publicitario falaz, con entera independencia del grado de malicia, culpabilidad o negligencia del sujeto.

No puedo compartir, en este punto, la tesis de CABANI-

LLAS sobre el indudable juego de la buena fé, que haría sancionables el acto sólo cuando se produjeran "informaciones conscientemente inexactas" (13). En toda esta materia de la disciplina jurídica de la publicidad, me parece indispensable deslindar con todo cuidado los conceptos. La ejecución de un acto publicitario falaz -como en general cualquiera de los ilíticos- lleva aparejada una sanción jurídica derivada de la finalidad de la disciplina y de la naturaleza del fenómeno publicitario. No es otra que impedir que los efectos se produzcan. Cosa muy diferente es que, además, la reparación del orden jurídico violado exija otra clase de satisfacción bien por la vía indemnizatoria, bien por la de la pena en sentido tan amplio como para acoger la impuesta administrativamente. Pues bien, es en este orden en el que hablar de la intencionalidad del agente puede tener algún sentido. No en modo alguno con referencia a la eliminación de un peligro social, que es algo por definición objetivo que exige, simplemente, la remoción de la causa (14).

Cuando se habla de publicidad no verídica no se trata de que se imponga al anunciante un especial deber de diligencia sobre el conocimiento de la exactitud de sus afirmacio-

nes o que se le exija actuar no maliciosamente en su publicidad. Se expresa, simplemente, que el resultado publicitario que el acto produzca debe adecuarse a la verdad.

- b) La anterior afirmación, me parece suficiente como para penetrar con cierto grado de seguridad en el análisis del juego del *dolus bonus* en relación con el principio de la veracidad.

Ya se señaló que en el principio de autenticidad ha querido verse un argumento a favor de la admisión del concepto en el ámbito publicitario (15).

Se dijo allí y no creo que importe repetirlo ahora, que no es esa mi opinión, puesto que el principio de veracidad se impone no para cualquier comunicación sino, precisamente, para la publicitaria identificable como tal. También se adujo que el principio de autenticidad persigue un fin muy diverso al de veracidad. No ya sólo porque proteja la independencia y objetividad informativas sino porque, desde el ángulo publicitario, se trata de no acrecentar su carga sugestiva mediante el crédito social que merecen o deben merecer quienes se colocarían en otro caso en la posición de testigos para la sugestión publicitaria.

Al acto de publicidad identificable como tal y con la carga

sugestiva que sólo puede venirle por las técnicas que le son peculiares es al que se impone por la ley la exigencia de ser veraz. Por entender, sin duda acertadamente, que aquella carga es suficiente para "motivar" el comportamiento de los destinatarios (16).

Que sea irrelevante el grado de culpabilidad o malicia del anunciante me parece un argumento más para oponerse al juego del *dolus bonus* en el ámbito publicitario.

Pero, además, como se ha señalado con acierto indiscutible, hacer penetrar el concepto aquí supone una extensión técnicamente incorrecta (17). Porque cuando se disciplina el acto publicitario no se hace en función de su significación en el ámbito negocial. No he dudado en sostener en páginas anteriores que no por ser publicitario me parece que pueda descalificarse, a priori y generalizando, el acto como de algún modo significativo negocialmente. Pero he sostenido allí y confirmo ahora que cualquier contemplación del acto bajo esas condiciones, debe realizarse no desde una disciplina específicamente referida a su carácter publicitario, sino, como es obvio, desde la dogmática general de las obligaciones y contratos.

Por lo tanto, considero fuera de lugar no ya sólo introducir

el juego del *dolus bonus* en el ámbito de la publicidad sino desde luego, fundamentarlo en la doctrina del dolo elaborada en su consideración del vicio del consentimiento (18).

Este, al igual que el "bueno" sólo pueden encontrar aplicación dentro de su contexto propio, que no es otro que el de la formación de la voluntad en la perfección de un contrato.

Con ello, quiero insistir en este punto, no niego que, en realidad, todo acto publicitario se incardina, de algún modo, en la formación de la voluntad negocial. Sólo quiere expresarse que son dos cuestiones diferentes.

Quien habiendo contratado con el anunciante quisiera invocar el dolo en base al acto de publicidad, debería desde luego atenerse al valor del acto como condicionante de su voluntad, y a la doctrina civil del dolo vicio del consentimiento.

Pero el principio de veracidad no es factor que se imponga en función de una defraudación que se siente por la inadecuación entre la satisfacción sentida efectivamente después del contrato y la esperada sino en razón de la potencialidad del acto para motivar o estimular los móviles con independencia de que, efectivamente, se haya celebrado el

contrato.

Y porque esa potencialidad siempre existe por definición, se exige que no se consiga mediante una falsedad.

Con acierto se ha señalado, entre nosotros por el Profesor FERNANDEZ NOVOA, que la publicidad es la traducción del maquinismo y de la racionalización en el ámbito de las negociaciones preliminares a la contratación.

Por lo que admitiendo una cierta semejanza "funcional" entre el principio de veracidad y el dolo contractual, no lleva sin embargo el citado Profesor más allá la conexión (19).

Por estos motivos, me parece que tiene razón MARTIN OVIEDO cuando señala que el mismo CABANILLAS parece admitir el juego del *dolus bonus*. Porque, en efecto, este autor conecta el principio de veracidad a la defraudación sentida por quién contrató con el anunciante en base a sus actos de publicidad (20). No comparto, desde luego, la opinión tan autorizada. Si así fuera ciertamente se derogaría la doctrina del dolo vicio del consentimiento sin ninguna justificación fundamental. No, lo único que se pretende con el principio de veracidad es introducir un factor de seriedad en la actividad publicitaria e impedir



esó si, rotundamente, que se elimine la eficacia de los mecanismos de la organización económica y que se reduzca la libertad de los destinatarios para sus racionales decisiones de consumo.

Junto a ello, no puede olvidarse que el principio de veracidad despliega su eficacia en otros varios sectores o en relación a otros intereses.

Siempre que se sea capaz de extraer la comprensión del fenómeno del reducido campo del anuncio en los medios informativos convencionales me parece que se podrá alcanzar a ver el juego mucho más amplio del principio, en razón de la amplitud de la materia que desde él debe enjuiciarse. Y que no es otra que la motivación que el acto de publicidad persigue. Que no puede negarse que está presente, por definición, en todas y cada una de las manifestaciones publicitarias.

En este orden de cosas, el principio de veracidad debe presidir la selección misma de los canales de la comunicación, también las formas en general de la actividad publicitaria, y debe igualmente tenerse presente para calificar el acto por sus defectos condicionados en los comportamientos sociales y no sólo en el que se traduce en contratar con el anunciante. En suma, el principio de veracidad, como señalé

más arriba, no es sino la formulación más eficaz posible de la regla de responsabilidad del anunciante en la instrumentación de su publicidad.

Desde el principio de veracidad puede y debe enjuiciarse la adecuación del medio utilizado al producto o servicio que se anuncia. No acierto a explicarme como pueda dejarse pasar por alto que se emplee por caso la televisión para un producto que no pueda adquirirse en todas las áreas conocidas de consumo. Para mí cuando ello se produce se está en presencia de un acto publicitario falaz.

Del mismo modo, puede y debe calificarse a la luz de este principio cualquier acto publicitario de los que aquí he denominado de publicidad promoción. Las ventas especiales, liquidaciones, sorteos, concursos, las ventas en bola de nieve o con prima, los sistemas de descuento y rebajas vinculados o no a las colecciones de cupones, sellos o cromos, los regalos, etc. etc. son, a mi juicio, sistemas publicitarios sobre los que cabe un juicio de verdad o falsedad (21).

No deja de ser eficaz el principio de veracidad a la hora de enjuiciar toda esa ingente actividad publicitaria que busca la motivación en razones por completo ajenas o inde-

pendientes de la satisfacción que el bien o servicio pueden proporcionar (22). Manifestaciones éstas que desgraciadamente no son infrecuentes en nuestros días, y que desencadenan unos efectos en los comportamientos sociales no siempre deseables. Será muy lamentable que no todos los casos puedan merecer el enjuiciamiento pero ello no debe suponer que cuando sea posible deje de establecerse el juicio (23).

Por lo demás, y acaso sin excesivo valor jurídico, pero sí con el que le presta la fuerza de los hechos, no debe olvidarse que si siempre someterse a un diálogo con un comerciante implica a aceptar un cierto grado de coacción (24), hoy día esto lo es mucho más desde que están cuidadosamente dispuestos los establecimientos, sus ambientes, la psicología de los vendedores, etc., etc. para dejar muy poco margen a quien ingenuamente sigue creyéndose soberano en sus decisiones de consumo. Pues bien no puede olvidarse que la finalidad de la publicidad es precisamente la del reclamo o atracción al diálogo de esos posibles consumidores. Y debe efectuarse limpiamente para que al menos estos puedan continuar moviéndose con un mínimo grado de libertad que es la base de la racional-

lidad.

Invocar frente a esta realidad innegable y avasalladora y frente a la comprensión exacta y amplia que el Estatuto al berga sobre la publicidad la supuesta práctica comercial del dolus bonus me parece que es resueltamente contradecir el espíritu del E<sub>s</sub> tatuto que justamente se propone señalar límites a la actividad publicitaria.

Que, como se ha dicho más arriba, el principio de veracidad no sea suficiente para agotar la problemática aguda planteada en relación con todas estas cuestiones no debe llevar a concluir que los límites que señala, que son los que razonablemente cabe imponer desde una ley de la pu blicidad, no sean interpretados para producir su máxima eficacia.

Pero, sobre todo, lo que me parece menos admisible es que pretenda desconocerse la letra incluso del propio E<sub>s</sub> tatuto que al imponer el principio de veracidad como lo hace está decidiendo la pugna de intereses entre anunciantes -incluso con sus prácticas viejas- y consumidores, a favor de estos últimos. Y no creo que pueda tener justificación intentar rebajar nuestro sistema positivo al nivel del que, como el italiano, desconoce precisamente el prin

cipio de veracidad en la publicidad. Sin contar con que un sector de su doctrina censura el sistema en ocasiones con sorprendente acritud.

Y en este orden, no me parece inconveniente señalar que los sistemas de los cinco restantes países de la Comunidad Económica Europea van evolucionando claramente hacia el modelo alemán que conoce, desde antiguo, el principio de veracidad que ha sido aplicado con severidad encomiable por su jurisprudencia, que, desde luego, no ha tenido en cuenta el factor del *dolus bonus*. No hay que decir, por lo demás, que en los estudios que se realizan por mandato de la Comisión de la CEE para la aproximación de las normas internas de los seis países relativas a la competencia, las propuestas van por el camino marcado por el sistema alemán (25).

Con más razón deben marchar por los cauces que aquí se sostienen la interpretación y aplicación de nuestro artículo 8º que incluso extrae el juicio de la veracidad de los límites de la competencia.

- c) Todo acto publicitario, por definición, se caracteriza por magnificar el bien, servicio o actividad que constituye su contenido, mediante alabanzas que de algún modo tienden a

aislarlo de los demás de su especie en la consideración y preferencia del público.

Cualquier acto de publicidad encierra en sí mismo la eficacia publicitaria, en cuanto que es capaz de "motivar" a los destinatarios. La disciplina jurídica que les es propia debe contemplarlo sólo desde esta óptica de la peculiar naturaleza del fenómeno. Con entera independencia de que se obtengan o no por el anunciante los resultados últimos de su acción, que son efectivamente la contratación que promueve.

La innegable realidad de las exageraciones publicitarias, consustanciales a la publicidad misma, determina, a mi juicio, la confusión de suponer que la cuestión está en medir su grado de aptitud o capacidad para producir un engaño en el público. Reduciéndose entonces a una simple determinación de los niveles a que se sitúan los límites dentro de los cuáles las exageraciones son inhábiles para engañar a nadie (26).

Pero no creo, en modo alguno, que ese sea el nudo de la cuestión. La confusión que en este orden de cosas se produce me parece que arranca de cargar el acento en la potencialidad del acto para la inducción al error. Pero

con ello se está trasponiendo el campo propio del fenómeno publicitario, tomando como núcleo del principio de veracidad lo que no es más que un modo de definir la verdad. Que resulta indispensable supuesto que, siendo comunicativo el acto, sólo puede calificarse atendiendo en conjunto a él mismo y al proceso de respuesta de los receptores. Lo que el principio de veracidad impone es que la "motivación" no se intente sin respeto a la verdad y necesariamente se determina ésta no sólo por lo que se dice o hace sino por lo que se "significa" en los receptores con el decir y el hacer.

Cuando se coloca el acento en este último aspecto para medir su capacidad de engaño, además de tomar la parte por el todo, se está paradójicamente negando incluso el carácter publicitario del acto que no se considera falaz puesto que se le niega su capacidad motivadora, al olvidar que la falta de adecuación a la verdad -aunque no engendre el engaño- ha sido decidida por el anunciante para sustentar la motivación de los destinatarios.

Claro está que el tema entraña una cuestión de límites para juzgar de la licitud o ilicitud de las alabanzas publicitarias. Pero no es el punto de partida sino la consecuen -

cia. Serán lícitas las autoalabanzas que o bien respeten la verdad o bien no puedan resistir un juicio de verdad o falsedad.

El punto crucial no está en la mayor benevolencia para situar más arriba o más abajo el límite de la publicidad falaz, sino que ello es la consecuencia del planteamiento mismo del problema de la veracidad publicitaria.

Y, en cuanto que nos son útiles a estos efectos, considero necesario referirme a las soluciones de Derecho comparado, que en realidad ya han venido dibujándose a lo largo de estas páginas. Fijaré mi atención, singularmente, en los dos polos opuestos que suponen la dualidad de planteamiento límites en esta materia.

Por un lado, se puede partir, como ocurre en el sistema italiano, del reconocimiento básico de la vieja máxima "*omnis mercator mendax*" para desde ella considerar que muy difícilmente de las autoalabanzas de los comerciantes puede seguirse un engaño para el público, supuesto que éste mantiene un elevado juicio crítico que le acoraza con una instintiva serie de reservas frente a aquellas alabanzas, que, además, quedan neutralizadas en el conjunto de las que todos los actos de publicidad encierran (27).

Y puesto que la publicidad engañosa solo pue



de reprimirse en cuanto constituye un supuesto de deslealtad en la competencia, la jurisprudencia italiana -con la general aquiescencia de la doctrina tradicional- sólo considera ilícita la publicidad que es capaz de engañar al ciudadano "sufficientemente avveduto ed accorto" para atraerle a contratar con el anunciante en perjuicio del competidor que se siente agraviado o amenazado por el riesgo de ese desvío.

Se comprende que, tomando como punto de partida la teoría del *dolus bonus*, se reconduzcan a ellas todos los supuestos de alabanzas publicitarias que, generalmente, se consideran meras exageraciones sin potencialidad para el desvío de la clientela. Como igualmente se consideran inocuas a esos fines incluso las inexactitudes sobre hechos o datos de la realidad a los que se supone se aplican los mismos altos coeficientes de reserva.

Y de este modo, en confuso amontonamiento, se valoran todas las autoalabanzas sean del género que sean y se manifiesten como se manifiesten. Por el inexplicable expediente del recurso a que nadie representativo del conjunto social se las creerá.

Por el otro lado, el sistema alemán parte de que el anunciante no debe ser mentiroso haciendo creer

al público algo que no se ajuste a la verdad. Y consiguientemente lo que importa es obtener la comprobación de que los actos publicitarios se ajustan a ella. Para lo que sin duda resulta imprescindible conocer qué es lo que el público ha interpretado de esos actos. Pero yendo a averiguarlo directamente y sin el falso prejuicio de si se pueden creer o no las alabanzas sino justamente para conocer qué sea lo que interpretan, para referirlo a la realidad y obtener así el juicio de verdad o falsedad del acto publicitario. Importe, por consiguiente, una muestra representativa de los destinatarios pero no para deducir si se creen o dejan de creerse las autoalabanzas del anunciante sino para obtener qué es que interpretan que pueden esperar de las mismas. Y se comprende entonces que se prefiera atender la representación de los ciudadanos más próximos a la mayor simplicidad, y que el juicio se convierta no en el contraste de la exactitud de los hechos o los datos sino en un juicio de lo que realmente puede comprobarse en la realidad (28).

Al amparo de esta concepción, la jurisprudencia alemana ha venido generalmente sosteniendo una considerable severidad en sus juicios, y ha podido facilitar la claridad suficiente en la contemplación de la rica problemática en

torno a la publicidad superlativa que se admite en la medida en que no es falaz. Quedando, por tanto, fuera del juicio por la veracidad sólo aquellas exageraciones que se consideran mera "charlatanería", y sobre las que materialmente no puede recaer un juicio de verdad o falsedad (2º).

En principio, como ha se ha dicho, el artículo 8º del Estatuto español extrae el juicio por la veracidad del ámbito de la competencia desleal. Con lo que carece de sentido cualquier interpretación que pretenda reducirlo al simple contraste por su potencialidad de generar un riesgo de desvío de clientela entre competidores. Y creo que los Organos encargados de aplicarle deben ser en extremo cuidadosos con esta cuestión.

Pero, además, nuestro Estatuto consagra el principio de veracidad sin género alguno de duda o reserva. Lo que se expresa en el artículo 8º es la ilicitud del acto publicitario que no se ajusta a la verdad, por el hecho de no ajustarse. Puesto que se considera como un fenómeno nocivo socialmente e, incluso, dentro de los límites de la misma publicidad, para la que la mentira, como se ha dicho con acierto, no es sino su cáncer.

Ahora bien, el acto de publicidad es el resul

tado de una técnica de manipulación psicológica -de masas- que considera muy diversos factores.

Sin ánimo de ser exhaustivo, se conjuga la época del año, la existencia o no de una publicidad de competidores y cómo se manifiesta e, incluso, su política comercial actual, el espacio geográfico que se piensa abarcar, el sector de destinatarios a los que se quiere llegar atendidas condiciones de sexo, edad y ambiente social, las cualidades del bien, servicio o actividad que se promueve, etc. etc. Factores todos que se traducen en la manifestación publicitaria en cuanto determinarán el canal de la comunicación, el medio más adecuado, la multiplicación de los actos y su frecuencia y el desarrollo en ellos del mensaje, la utilización del "espacio" dentro del medio, el énfasis en la voz, destacar un primer plano en la imagen, utilizar el color, disponer las líneas y las masas, un tipo de letra y un juego en la disposición de las palabras en el texto, el valor de los blancos y de los silencios y, desde luego, se tendrá en cuenta el grado de atención de los destinatarios, el valor del recuerdo y la asociación de ideas.

El anunciante tiene en cuenta esa compleja realidad -seguramente la tendrá hasta tabulada!- y funda en-

tonces la "motivación" de su publicidad en lo que viene aconsejado en cada caso. Y que continúa haciendo publicidad a pesar de que también cuenta con el grado de reserva de los destinatarios es la mejor prueba de que la motivación ya parte de esa instintiva desconfianza.

Se advierte que los mensajes conjugarán hechos con juicios y datos objetivos con meras apreciaciones subjetivas teniendo a la vista lo que razonablemente se producirá en el proceso de respuesta del público.

Ante ello, queda manifiesta la artificiosidad de cualquier diferenciación entre hechos o datos objetivos y juicios de valor a la hora de poder valorar el grado de veracidad de un acto publicitario. Por eso, al imponer la veracidad no puede ser suficiente señalar que lo que se diga o se haga sea exacto sino que, necesariamente, ha de contarse con las elaboraciones de los destinatarios en sus respuestas a la comunicación y, ello se expresa señalando que no deben obtener una creencia o impresión contraria a la verdad, esto es, errónea. Pero como el único elemento del juicio está en el acto mismo, él sólo puede quedar sometido a examen, y, por consiguiente, su verdad o falsedad solamente puede devenir en función de lo que debe presumirse que sea la respuesta de los

destinatarios a la comunicación, y se habla entonces de "inducción al error".

Por todas estas razones, el Estatuto se refiere a los hechos y a esa inducción al error, señalando inequívocamente que se falta a la verdad exigible cuando tratándose de hechos, sean inexactos y cuando aún no siéndolo o no tratándose de hechos se induzca a error. Superándose, también, en nuestra norma positiva, la estéril diferenciación entre datos y juicios.

En este sentido, cuando el artículo 8º en su segundo párrafo señala las inexactitudes prohibidas, lo hace sólo como mera indicación o enunciación de las indicaciones de carácter comercial que han de ser siempre exactas.

De lo dicho hasta aquí se desprende que no cabe otra interpretación posible que la del máximo rigor y seriedad en el enjuiciamiento del acto por la veracidad.

Cualquier inexactitud en las indicaciones de carácter comercial, determina desde luego la ilicitud del acto por falaz. Pero, además, y con independencia de ello, es necesario obtener lo que el público interpreta. Para referirlo en lo que sea comprobable a la confrontación con la realidad.

En este orden, ya se apuntó más arriba, que caben dos caminos para la verificación. El que parece más atractivo de contar con las técnicas de auscultación, y quizás el más modesto de la vía presuntiva de lo que puede deducir el destinatario menos precavido (30).

Creo que es forzoso reconocer la superioridad del primero bajo una doble condición. En primer lugar, que se cuente con unas garantías técnicas adecuadas que garanticen que la auscultación arrojará resultados análogos a los que se obtienen en el contexto publicitario de la vida real (31). En segundo término, que aquellos resultados no se tomen por sí mismos sino como lo que debe contrastarse con la realidad del anunciante para la verificación (32).

En cualquier caso, es esta última la que importa y entiendo que mientras las dos condiciones señaladas no se cumplan el camino válido para realizarla es el segundo.

En consecuencia, la interpretación del público no puede obtenerse sino por la vía presuntiva de lo que se deduce del acto publicitario teniendo en cuenta todas sus circunstancias de manifestación publicitaria.

Y éstas descubren, según se ha apuntado

antes que resulta ingenuo pensar en que constituya una defensa el grado de agudeza o el nivel intelectual de los destinatarios. Respecto el anunciante, todos los demás son unos legos y él es el único experto, con lo que es de aplicar la regla de la máxima responsabilidad de éste. Que sólo puede hacerse efectiva si se toma como referencia al ciudadano mas desprevenido y confiado, dentro de los límites de la normalidad.

Esa es, en mi opinión, la única manera de conseguir el mayor coeficiente de seguridad posible frente a un riesgo social que amenaza -confiéscese o no- en grados que incluso lo rebasan. Porque creo además que es así como se cumple la finalidad de la norma afortunadamente introducida en nuestro sistema por el artículo 8º del Estatuto.

No creo que sea necesario añadir que la averiguación de la veracidad del acto publicitario debe aplicarse a todo supuesto. Y que, por lo tanto, sólo será lícita la publicidad superlativa que responda a la verdad, sin que sea posible caer en la errónea suposición de que aquella se distingue de la publicidad falaz por contener meras exageraciones incapaces de provocar el error. El juicio debe serlo por la comprobabilidad del mensaje. Todo lo que



pueda verificarse ha de ser verificado, y desde luego, cualquier supuesto publicitario que pretende colocar al bien, servicio o actividad en un grado de excelencia en relación con los demás debe someterse a la verificación de si tal excelencia responde a la verdad, para en el caso negativo declarar su ilicitud.

El Profesor FERNANDEZ NOVOA se ha ocupado entre nosotros de señalar los criterios que a su juicio deben seguirse en la averiguación de lo que los destinatarios interpretan, apoyándose fundamentalmente en la orientación seguida por la jurisprud. alemana (33) que es sin duda la más progresiva. Como se advierte de la exposición los criterios son varios en atención a la casuística publicitaria. Pero creo que en todos se observa la misma finalidad fundamental de intentar alcanzar el efecto producido en el público siguiendo lo más fielmente posible un método paralelo al que siguió el anunciante persiguiendo la motivación, y así, junto a la no sustitución del criterio del público por el del juzgador, se encuentra el de la indivisibilidad del anuncio que, en realidad, es del mensaje, más propiamente, puesto que se tiene en cuenta en su caso el conjunto de actos en que pueda desarrollarse, sin olvidar que en ocasiones convendrá destacar elementos aig

lados del mensaje cuando por su disposición en el conjunto sean los fundamentos de la motivación. Del mismo modo resulta indispensable atender a las circunstancias de tiempo y lugar que determinarán, entre otras, las conexiones del acto o los actos con otros de otros anunciantes.

Si se quisiera, pues, sentar una regla que, por su generalidad, sirviera para todos los casos, creo que habría que decir que debe observarse el mensaje como tal, ésto es como una comunicación al público que provoca en estos un proceso de respuesta y que, por ser publicitaria, ha de enjuiciarse desde las técnicas y métodos que impone la propia publicidad.

En este punto de la argumentación, es muy conveniente recoger un fallo del Jurado de la Publicidad en asunto que, a mi juicio, incide claramente en el tema que se analiza (34). Se trataba, en apretada síntesis, de un dentífrico que proclama en su publicidad que "sus efectos perduran durante veinticuatro horas ..."

Independientemente de otras expresiones contenidas en la argumentación publicitaria, es ésta la que tiene verdadera importancia puesto que con ella se resaltaba el fondo de la argumentación de que no era menester la higiene

bucal después de cada comida. Ya, incluso, en las actuaciones privadas de intento de un acuerdo amistoso previo al procedimiento ante el Jurado, la cuestión se centraba en dilucidar la exactitud o inexactitud de la argumentación.

En el procedimiento, la parte demandada alegó en su defensa que de ninguna manera podía entenderse la expresión como referida a efectos profilácticos, sino a efectos en general puesto que es indudable que los beneficios que derivan en todo caso de una higiene bucal diaria perduran por mayor tiempo que el transcurso de un día.

El propio jurado solicitó dictamen del Colegio de Odontólogos y Estomatólogos que lo emitió en el sentido de que no pueden "hacerse afirmaciones categóricas sobre periodos de tiempo exactos de duración de los efectos".

Hasta aquí, pues, la cuestión parece girar en torno a la veracidad o falsedad de la expresión descriptiva de los efectos de la utilización del dentrífico. Pues bien, cuando parecía lógico que la ratio decidendi se hubiera determinado en función de tal principio, es lo cierto que el Jurado no entra a resolver esta importante cuestión y fundamenta su decisión prohibitiva del mensaje en la circunstancia de constituir "una publicidad apoyada" en una campaña anterior de un competidor a

la que se intentaba neutralizar. Y lo considera "incurso en infracción de los principios generales puesto que puede llegar a crear confusión en otros usuarios o consumidores, con independencia de la mayor o menor exactitud ... sobre la posible duración de los efectos de cualquier clase que éstos sean".

El fallo dista, en mi opinión, del rigor técnico jurídico que sería deseable. La cuestión no está en si el mensaje neutraliza o no los rendimientos de una campaña anterior de un concurrente, sino en si es o no exacta la afirmación del anunciante. Es de lamentar que se haya eludido sentar un criterio válido para el enjuiciamiento por la veracidad, y tanto más cuanto útil es en estos momentos.

Porque, en mi opinión, el núcleo del problema reside en enjuiciar qué entiende el público cuando en el mensaje se alude a la perdurabilidad de los efectos, y una vez obtenido, contrastarlo con la realidad. Ciertamente la existencia de una campaña anterior del concurrente aconsejando una higiene bucal posterior a cada comida, y el modo como se llevaron a cabo los mensajes de una y otra, pudieran y debieron servir de criterio al juzgador para dilucidar sobre la significación que la afirmación de la perdurabilidad de los efectos

por más de veinticuatro horas alcanzaría en el público. Y parece obvio que éste estimaría que los efectos se referían a los realmente profilácticos, sin que las alegaciones del denunciado, por vía de defensa, pudieran desvirtuar tal estimación. Y si mediante el dictamen pericial oportuno puede llegarse a la convicción de que no existe posibilidad de afirmar la perdurabilidad de los efectos profilácticos, la ratio decidendi del fallo debe centrarse ahí, es decir, en la falsedad, independientemente de cualquier otra consideración y con sujeción en cambio, a la norma concreta que se considera vulnerada -el artículo 8º del Estatuto-, sin que se declaren infringidos "in genere" los principios y, desde luego, sin que sea procedente juzgar precisamente "con independencia" de la única cuestión que se sometió al fallo y que debió resolverse (35).

No ayuda demasiado esta resolución para una comprensión del principio de veracidad. Y no estará de más recordar que "durante algunos años la publicidad de dentríficos no fué autorizada en la publicación "Family Doctor" de la Asociación Médica Británica, con excepción de la de un fabricante que cumplía con los requisitos exigidos, empleando un texto publicitario que era evidentemente cierto: "Sky is the only blue toothpaste".

Acaso una aplicación del principio de veracidad produjera la consecuencia para la comunidad de encontrarse solicitada únicamente por productos de los que no fuese publicitariamente predicable sino el estar revestidos de alguno de los tonos del espectro solar.

D) La comprobación en la realidad o verificación

El párrafo segundo del artículo 8º contiene una disposición de la máxima importancia. La relativa a que ha de ser "susceptible de prueba en cualquier momento" cuanto se afirme en el mensaje.

Hay que reconocer que no es muy feliz la expresión, que por su pertenencia al lenguaje vulgar, cuadra mal en el texto legal. En una interpretación jurídica, sólo puede entenderse que es al anunciante a quien incumbe la carga de probar la veracidad del mensaje, y claro está que se trata de la prueba en sentido técnico (36).

La inversión del onus probandi, corona, indigentemente, el sistema permitiendo la máxima eficacia del principio de veracidad que en otro caso encontraría en la regla de la prueba obstáculos de muy difícil superación. Razón por la que no han faltado voces en Alemania concretamente en solicitud de la inversión (37).

Existirán casos efectivamente en que la prueba no presentaría series inconvenientes por ser perfectamente determinable el grado de veracidad por la confrontación con circunstancias exógenas al anunciante. Así, por caso, cuando se argumente sobre la composición de un producto, parece sencillo recurrir a una simple experiencia de laboratorio. Lo mismo sucede si se trata de dimensiones de la empresa, antigüedad, radicación, etc.

Las dificultades se encuentran cuando la comprobación exige acudir a circunstancias endógenas a la actividad del anunciante. Múltiples factores cuentan en ese caso, y ninguno puede hacerse patente sino a través de datos que suministre el propio anunciante.

Claro es que muchos de esos factores se conectarán al derecho a la reserva que es consustancial a los procesos industriales y mercantiles. Y no puede dudarse que la inversión de la carga de la prueba puede utilizarse como arma del menos limpio comportamiento (38).

Pero ese peligro de una torcida utilización del principio de veracidad no parece suficiente para celebrar su imposición exigente. Invertir el onus probandi no atenta, inicialmente, al derecho del anunciante a mantener en la reser-

va cuanto juzgue oportuno a su interés, ya que sólo de él depende la decisión de aventurarse en argumentaciones publicitarias que pudieran comprometerlo. En el caso contrario, pienso que se deja oportunidad a un abuso o desviación del propio derecho, puesto que apoyándose en él podría el anunciante poner en trance el interés de los consumidores no menos legítimo -tutelado además como prevalente en la Ley- a una absoluta veracidad en las declaraciones publicitarias, convirtiendo a la norma en una mera proclamación abstracta sin virtualidad ni eficacia.

Sobre este importante extremo habrá de volverse al tratar del juego del principio de veracidad en el ámbito de la disciplina de la competencia desleal.

Las cuestiones relativas a la legitimación para accionar en base al artículo 8º del Estatuto se analizan en el Capítulo siguiente englobadas con las demás actuaciones con fundamento en la disciplina legal porque, ciertamente, no existe especialidad alguna y, por lo tanto, habrá de estarse a lo que se deduce del sistema que con carácter general se dispone en el Estatuto.



## II - EL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA

Parece natural iniciar el análisis partiendo de la consideración, ya señalada más arriba, de que el acto de publicidad no es siempre un acto de competencia y que, cuando por el ejercicio de la actividad principal del anunciante pueda reconocerse tal cualidad, por competencia hay que entender antes el marco jurídico del sistema económico que el hecho concreto de encontrarse aquél en situación concurrencial.

Por los mismo, la disciplina jurídica de la publicidad no se agota en su observación desde las categorías de la competencia, sino que a ello sólo se destina un "principio" más de los que la ley especial consagra. Sea o no sea acto de competencia, el de publicidad habrá de ser enjuiciado siempre desde todos y cada uno de los principios que constituyen su disciplina típica.

Ahora bien, evidentemente, la publicidad, dentro del vigente sistema económico, es utilizada como instrumento para la conquista del mercado. Esta relación de medio y fin acaso aconseje que no sea la regulación jurídica del fenómeno publicitario la que atraiga materialmente la relativa a la competencia, sino, al contrario, debería ser una completa disciplina de esta última la que contuviera normas específicas relativas a

los supuestos en que se actúa a través de la publicidad.

No es necesario resaltar la importancia de una normativa destinada al fenómeno publicitario en cuanto factor eficaz en el equilibrio concurrencial. A la publicidad como actividad frente a los competidores atiende el artículo 10 del Estatuto que formula el "principio de libre competencia" ya enunciado como regulador de la materia en el artículo 6º.

Los autores que se han ocupado de esta cuestión coinciden en denunciar la deficiente denominación del "principio", puesto que, a su juicio, la publicidad no afecta a la libertad de competencia sino a sus modalidades, que hacen posible hablar de lealtad o deslealtad (39), como se prueba al observar que el mismo artículo 10, al desarrollar aquél, lo hace en torno a la calificación de la competencia desleal.

El fundamento de la denominación legal me parece que puede encontrarse en un doble orden de razones.

De un lado, es preciso tener en cuenta, como ya se ha señalado, que el artículo 6º del Estatuto declara aplicable la disciplina a "toda actividad publicitaria", incluyéndose de este modo no sólo el acto de publicidad stricto sensu, esto es, el instrumentado a favor de la actividad principal del anunciante ejercida frente a terceros, sino, además, a la que

despliegan los entes que intervienen en la instrumentación y ejecución del mismo: agencias, agentes y medios.

De otro lado, incluso referida la disciplina al estricto acto de publicidad, me parece que puede pensarse que la ley está evidenciando que todo acto desleal implica en último término un ataque al sistema mismo de competencia, esto es a la libre competencia, porque aquél supone la libertad.

Ambas cuestiones acaso merecen unas observaciones.

El Estatuto aunque primordialmente se dirige a regular la publicidad como fenómeno social, no descuida, sin embargo, lo pertinente a la ordenación del sector económico que se monta en torno al mismo. Se ha dicho ya que el "mercado publicitario" es posiblemente uno de los que acusaban una mayor necesidad de reglamentación jurídica puesto que, no obstante lo considerable de los intereses que moviliza, por la propia peculiaridad de los servicios, y, sobre todo, por la escasa tradición española de los sistemas de mercado vivía al margen de la precaria -pero ya decidida- normativa general sobre estas materias.

El estado larvario de las técnicas prospectivas, motivacionales y suasorias, la insuficiencia de los estudios

técnicos científicos y, especialmente, las circunstancias económicas generales del país cuando permanecía en el ensueño de la autarquía impidiendo el fenómeno del consumismo trajeron como consecuencia en primer lugar una proliferación de agencias publicitarias, que tampoco cuidaban de matizar sus funciones. Fueron todas ellas concausas que contribuyen, todavía hoy, a mantener en parte el mercado de la publicidad fuera de las coordenadas de calidad y precio, que se sustituyen por criterios de otro orden, que muy frecuentemente suelen consistir en prácticas no ajustadas al juego de la competencia que exige, sobre todo, transparencia y claridad.

A remediar tal estado de cosas se ordena el Estatuto, y no puede dudarse que con una amplia fórmula que exija el respeto a la competencia se pretende prevenir contra los ataques que pueda sufrir tanto por sus restricciones como por la deslealtad con que se practique.

Se señaló más arriba cómo, en el mismo texto legal, se encuentran preceptos que obedecen a una finalidad de clarificación vetando las posibles conexiones que supongan restricciones a la competencia misma entre las agencias, los agentes y los medios. Pero es necesario insistir en que el mercado publicitario no se sustrae a la aplicación de las nor-

mas generales sobre la competencia, a las que aquellos no vienen sino a completar (40).

Ya en el terreno del acto de publicidad es - tricto sensu, parece, desde luego que, contemplado sub especie de competencia, sólo es posible hablar de su lealtad o deslealtad, porque su relevancia está en el modo como incide en la situación concurrencial. La publicidad no tiene efectos restrictivos, y no es una práctica que pueda juzgarse por las normas que impiden las restricciones. Ni lógicamente ni jurídicamente. Lo primero porque todos los competidores están en igualdad para instrumentar sus actos publicitarios (41). Desde un punto de vista jurídico positivo porque la ley vigente en la materia no tiene en cuenta el modo como se llegó a una posición dominante en el mercado. Y ese sería el único cauce para poder encuadrar la publicidad en las prácticas prohibidas, en cuanto que a través de una instrumentación masiva, pudiera llegar a conquistar aquella posición.

Sin embargo, el Estatuto habla de "libre competencia", no me parece suficiente limitarse a denunciar un posible error del legislador. En este punto, creo que no puede olvidarse que la Ley de 1963 sobre prácticas restrictivas incide en el mismo supuesto error solo que, como es

natural, en sentido inverso, puesto que disciplinando la libertad de competencia contempla como práctica en "particular" prohibida el concierto o el abuso al "desarrollar una política comercial que tienda, por competencia desleal, a la eliminación de los competidores" (apartado d) art. 3º). Habría que reconocer que el legislador es reincidente en el error (42).

Uno es el acto ilícito por ser desleal y otro el ilícito por ser restrictivo. Pero prescindamos ahora de la construcción para fijar nuestra atención solo en el sentido que puede tener la acaso poco rigurosa expresión legal.

Para mí, no puede ser otra que en uno y otro caso de ilicitud el sistema español considera que se encierra un ataque al fenómeno único de la competencia. Esta se pone en trance cuando se restringe tanto como cuando se actúa con deslealtad.

En ambos supuestos, se atenta al principio que preside la organización económica vigente que no es otro que el de respeto a la competencia, y supuesto que no hay competencia sin libertad, el ataque es, en cualquier caso, a la libre competencia.

La disciplina jurídica, las consecuencias de

la regulación, serán diversas para la ilicitud por restricción y para la ilicitud por deslealtad. Pero ambos conjuntos normativos responden a una sola finalidad: el mantenimiento de la competencia. Es este el bien que protege y tutela el Derecho, porque es el que inspira la organización económica, constituyéndose de este modo en contenido del orden público referido a la economía (43).

La disciplina jurídica de la competencia desleal no se agota, por supuesto, en la propia de los actos publicitarios. Esta es especial respecto a la general, aunque tenga singular importancia por ser la publicidad donde se manifiesta la más agresiva competencia. Sobre todo por consistir en un instrumento autónomo en cuanto que desliga el producto o servicio a que se refiere de sus intrínsecas notas de calidad y precio para situar la batalla en un orden emocional fuera de los límites de las decisiones racionales.

La disciplina que impone la lealtad en la competencia a través de la publicidad comporta una defensa de la competencia misma para satisfacer intereses económicos. Cuando se alude a las "reglas del juego" pienso que se advierte que son las "reglas" mismas las que crean el juego, y en ese sentido entiendo que tiene razón ASCARELLI para ne -

gar que aquella disciplina venga a imponer unos límites a una actividad lícita, y para afirmar que el acto desleal es "cualitativamente diverso" del leal, justificando en la diversidad su represión (44).

De todo lo expuesto se deducen una serie de consecuencias de índole práctica que se irán descubriendo a medida que se avance en el análisis de la formulación del principio que contiene el artículo 10 del Estatuto.

Este precepto dispone en su párrafo primero que "la publicidad, como servicio dirigido a los consumidores, constituye un instrumento ordenado para orientar su libertad de elección y favorecer la lícita concurrencia en el mercado, quedando sujeta a las leyes, principios y normas que regulan la competencia desleal".

El párrafo segundo se destina a definir la deslealtad.

No puede desconocerse el valor que, a mi juicio, entraña el primer párrafo transcrito. Porque si, efectivamente, como afirma el Profesor GARRIGUES, está contemplando la publicidad "cándida o químicamente pura" (45) sirve, sin embargo, para fijar el fundamento de la norma que sujeta la publicidad al principio de la lealtad en la competencia,



Carece este párrafo de valor normativo directo aunque no de todo valor normativo porque en, definitiva, contiene un mandato al intérprete -al juzgador- relativo al criterio que debe presidir su tarea de enjuiciamiento del acto de publicidad a la luz del principio de la competencia. En suma, a cómo ha de interpretarse éste.

Me parece que lo más significativo del precepto se deduce de la conexión que establece del sometimiento a las normas de la lealtad en razón del servicio que debe rendir a los consumidores.

La competencia se estima por la ley como sistema que permite ejercer a estos su derecho de soberanía en el mercado, que se traduce en el juicio que le merecen los concurrentes. Debe ser leal la competencia para que no se oscurezcan los elementos que contribuyen a ese juicio.

El artículo 10 del Estatuto refuerza la tesis aquí sustentada de que la disciplina de la competencia desleal en materia publicitaria protege directa y fundamentalmente el bien que la competencia es en sí, como medio para que los consumidores puedan hacer efectivo el ejercicio de su libertad de elección.

Dos consecuencias, una a su vez causa de

la otra que es su corolario, me parece que se deducen con claridad.

En primer lugar, nuestro sistema positivo hace imposible la continuación de la polémica doctrinal en torno a si la disciplina jurídica de la competencia desleal tutela el interés de los consumidores o si sólo mira a la protección de los intereses particulares de los concurrentes. Cuando el acto de competencia es publicitario su calificación de deslealtad se mide por la lesión a la competencia misma en cuya custodia los consumidores están interesados.

De lo anterior se desprende que la potencialidad del daño a un concurrente se subordina a aquél prevalente interés general. Lo que en otro término significa que no todo acto desleal desde la perspectiva de un competidor debe ser tachado de tal si no lo es desde la óptica de la libre decisión o elección de los consumidores.

Respecto de ambas cuestiones, es necesario continuar avanzando en el análisis.

En relación a la tutela que dispensa la disciplina, la doctrina fundamenta sus argumentos, como es natural, en el sistema positivo vigente en el país de los autores. Las voces que se alzan en contra de las posiciones dominan-

tes tienen que reconocer que se plantea el problema en el plano de iure condendo. Por lo mismo más ilustrativo que separar los argumentos doctrinales será exponer muy brevemente los dos sistemas en que se polarizan.

De un lado, como máximo exponente de una posición tradicional, encontramos el sistema vigente en Italia que se condensa en el artículo 2598 de su Código Civil. La doctrina dominante no duda en sostener que el precepto tutela el interés de los competidores (46). Donde se divide es en relación a cuál sea el bien que se protege. La clientela, el avviamento, la empresa, o la expectativa de un beneficio probable a través de un derecho subjetivo sobre tales bienes o incluso sobre la lealtad de los competidores. La división se advierte igualmente en la determinación de las circunstancias subjetivas y objetivas que constituyen el presupuesto de la aplicación.

No se duda en que la deslealtad comporta una potencialidad para que surja el daño, y en que en cuanto es probable es suficiente para pretender procesalmente evitar sus perniciosos efectos. Con independencia de que proceda el resarcimiento cuando a la intencionalidad del autor se una la efectividad del daño, siendo entonces un su-

puesto del acto lícito civil.

Sólo pueden estar legitimados para deducir sus pretensiones los concurrentes. Y aquí nuevamente se divide la doctrina respecto de la cualificación que sea menester. Para un sector estará plenamente legitimado cualquier concurrente, mientras que para otro sector sólo estará legitimado quien sea la víctima directa del acto desleal. Tampoco existe unanimidad sobre si puede legitimarse a la representación válida de la general categoría o sector afectado. Parece, sin embargo, que es preciso establecer una serie de distinciones en este punto, según sea el supuesto, de los tres que contempla el artículo 2598 del Codice Civile, en base al que se actúa.

Obviamente, la calificación de la deslealtad se obtiene por la simple subsunción del acto en el supuesto de confusión, en el de denigración o atribución de falso prestigio, o en el de contrariedad a la corrección profesional, entendiendo tales conceptos sólo y exclusivamente en función de los propios competidores, y atrayendo entonces, como ya se dijo, la rica problemática de la veracidad publicitaria a este reducido ámbito. Sólo es reprimible el engaño que se reconduzca a uno de los supuestos del artículo 2598 del Codice Civile y, para ello, sea así ha de ser susceptible de provocar una desvia -

ción de la clientela que es donde reside la probabilidad del daño que constituye el presupuesto de la calificación de la deslealtad. A la inversa, cuando tal cosa ocurre, el acto es reprimible aunque sea verídico (47).

Ho hay que decir que esta es la orientación que preside las decisiones jurisprudenciales de aquél país.

El sistema italiano, en el que no faltan notables discrepancias (48), se mantiene en los esquemas tradicionales de una concepción exclusivamente privatística del fenómeno de la competencia desleal. E incluso tampoco faltan los autores que, aferrándose a ella, se preocupan de poner en evidencia los peligros que estiman entrañaría su abandono (49).

En esta línea clásica se encuentran, igualmente, los sistemas francés y holandés, mientras que el belga se aproxima en ciertos aspectos más al alemán.

La publicidad es en ellos un simple instrumento más de competencia que ha de ser enjuiciado según los criterios que inspiran la general disciplina que reprime la desleal.

En el polo opuesto se sitúa el sistema vigente en los Estados Unidos de América. Mientras el sistema se

mantuvo en los límites del common law, no se podía ver en él sino la limitada eficacia que tenía en relación no ya sólo con la defensa de un interés público sino incluso con la de los competidores en base a una deslealtad. El punto de inflexión se produce en 1914 con la publicación de la Federal Trade Commission Act relativa a los "unfair methods of competition" y que establece la competencia del nuevo Organó que dá nombre a la ley (FTC) que no impide, sin embargo, que los competidores puedan actuar ante los Tribunales Civiles en esta materia.

La razón de la publicación de la ley hay que encontrarla en la situación confusa creada por la ley Sherman y la ley Clayton, relativas a la disciplina de la competencia.

Para lo que aquí se ha sostenido de que la represión de las restricciones obedece a una misma finalidad que la de los actos desleales, resulta, a mi juicio, muy afortunadora la sentencia de la Corte Suprema *FTC v/Raladam Co.* (año 1931) que se fundamenta en considerar que la FTC respondía a la finalidad de luchar contra los métodos de competencia ilícita encaminados a minar la competencia y auspiciar los monopolios; reconociéndose así que la deslealtad es uno de esos métodos, puesto que a ella se refería la

Sección 5ª de la ley .

En su versión primitiva, aunque la dirección ya estaba marcada, sin embargo era frecuente una muy restrictiva interpretación jurisprudencial tanto respecto a la que cabía entender por interés público, como respecto a lo que debía considerarse "unfair method of competition". En la Sentencia FTC v/Klesner (año 1929), la Suprema Corte señaló que la actuación de la FTC debía fundamentarse en la protección de un interés público "specific and substancial". También se sostuvo que sólo correspondía a los Tribunales la interpretación de lo que constituían los "unfair methods of competition", con lo que venía a restringirse materialmente los supuestos de deslealtad ya que era de esperar que los Tribunales sólo recogieran aquéllos que se habían considerado tales desde los criterios de common law.

Prescindiendo de la escasa trascendencia que llegaron a adquirir estos fallos, he creído oportuno traerlos aquí porque evidencian el espíritu que late desde la publicación de la FTC Act. Se protege un interés público y ese interés consiste en el mantenimiento de la competencia, a la que se atenta por medio de la deslealtad.

Las limitaciones y restricciones que esos fa-

llos y, en general, toda la corriente jurisprudencial todavía contenían, se eliminan definitivamente cuando se modifica la Sección 5<sup>a</sup> de la FTC Act, por virtud de la Wheeler-Lea Amendment de 1938, que extiende la competencia de la FTC a los "unfair or deceptive acts or practices in commerce".

Con ello se dá un definitivo paso en la orientación de la disciplina de la competencia desde un interés público.

Cierto que los competidores pueden actuar al margen de la intervención de la FTC., pero cierto también, que los conflictos entre ellos se resuelven según los principios de la competitive equity que exige "incondicionalmente el respeto al free judgement of consumer" (50).

En un estado intermedio de estos dos sistemas opuestos, podemos situar al alemán en el que se reconoce que la disciplina, al menos indirectamente, sirve para proteger a los consumidores además de a los competidores (51).

En mi opinión, el sistema español supera la angosta construcción continental europea para asimilarse más bien al que se ha visto se sigue en los Estados Unidos de América. Es más, incluso el propio artículo 10 utiliza la expresión "libertad de elección" de los consumidores.



Reconocida la peculiar fisonomía del fenómeno publicitario en su dimensión competitiva, la ley intenta evitar que su fuerza persuasiva oculte realidades sustanciales al discernimiento del público en sus decisiones de contratar.

Al tratar del principio de veracidad se dijo que al formularlo positivamente la ley estaba indicando su entendimiento de la publicidad como un servicio al público. Es una fuente de información sobre el mercado. A esa misma conclusión se llega con la lectura del primer párrafo del artículo 10 que incluso expresamente se refiere al carácter de tal "servicio".

Por aquí se enlaza con la segunda de las afirmaciones que se han hecho de que la deslealtad no sólo se mide por la posibilidad de un daño al competidor, sino que se matiza por su incidencia en el interés de los consumidores. Sólo el daño potencial que no beneficia al principio de la competencia convierte al acto que lo produce en desleal.

La ratio o el fundamento de la disciplina no encuentra sólo su traducción en el campo procesal. Aunque no cabe duda que cuanto más amplio sea el círculo de los legitimados activamente y, sobre todo, si se les considera así a los consumidores o a quién actúe en su interés, se

habrá dado un paso decisivo en el cambio de orientación (52).

Pero, insisto en que la consecuencia fundamental se encuentra, a mi juicio, en el terreno de la inspiración que debe presidir la calificación de la deslealtad. Sean quienes sean los procesalmente capaces de proceder en base a una acción por competencia desleal, el juzgador en nuestro sistema no deberá prescindir del interés de los consumidores para fijarse sólo en la modalidad del acto y en su potencialidad para causar daño a los concurrentes.

Por eso, en esta óptica, el "principio de libre competencia" no puede desligarse del más importante "de veracidad". Materia sobre la que se volverá al tratar del supuesto de denigración y, por extensión, de lo que genéricamente constituye la publicidad comparativa.

La regulación jurídica básica de la competencia desleal se encuentra recogida en la Ley sobre Propiedad Industrial de 16 de Mayo de 1902, con independencia de las sanciones puramente penales que en esta materia pueden encontrarse en el Ordenamiento.

En el artículo 132 de la citada ley se recogen los hechos que se consideran "constitutivos de competencia ilícita". Casi todos ellos se refieren a supuestos en

que intervienen de algún modo la publicidad.

Me parece advertir como más acusadas diferencias entre el contenido de aquel precepto y el sistema del Estatuto, en primer lugar, su diferente orientación. La Ley de 1902 contempla la competencia desleal como fenómeno eficaz y reprimible en el ámbito privatístico de los competidores. Orientación que se desprende no sólo de la expresión textual del artículo 132 sino, sobre todo, del artículo 131 que define con carácter general la "competencia ilícita" que se centra en la tentativa de aprovecharse del "esfuerzo de otro". Además, la vieja norma recoge la falsedad como supuesto específico pero siempre que se incurriera en ella "a sabiendas" y que se dirigiera "contra un rival con objeto de quitarle su clientela".

No desconoce la ley el fenómeno publicitario pero lo reconduce a los supuestos de la disciplina que con carácter general contiene.

Ciertamente tanto por su radical diferencia de orientación, cuanto por la especialidad del Estatuto y por su posterioridad en el tiempo, la competencia desleal en materia publicitaria deberá ser en todo caso regulada por la ley de 11 de junio de 1964.

Claro es que, fuera de esta materia, queda vigente el régimen establecido por la ley de 1902, y aun dentro de aquélla quedarán también subsistentes las normas que disciplinan la competencia desleal a través de la publicidad relativa a ciertas ramas o sectores de la actividad mercantil que cuentan con una especial regulación a la que el Estatuto no viene sino a completar. Tal es el caso, por ejemplo, de la publicidad relativa a compañías aseguradores.

Puede prescindirse, pues, de una referencia a los preceptos de la vieja ley, que tantas censuras merece en efecto, como ha sintetizado y ampliado recientemente el Profesor FERNANDEZ NOVOA (53).

El carácter innovador del artículo 10 del Estatuto reside, en mi opinión, en las tres cuestiones siguientes. En primer lugar, en su orientación inequívoca. En la introducción de una cláusula general, después, y finalmente, en haber silenciado -consecuentemente con su inspiración-, lo relativo al aprovechamiento de la reputación de otro.

En esto último se separa también, lógicamente, de la fuente en que, a mi juicio, han bebido los redactores del precepto. A saber, el artículo 2598 del código civil.

Los supuestos de confusión "entre bienes o servicios" y de "descrédito de los competidores o de los productos de los mismos" se completan con el standard de conducta que consiste en imponer el sometimiento a "la corrección y buenos usos mercantiles".

Cabe, pues, en torno al artículo 10 plantearse lo que ya la doctrina italiana afirma respecto a que los supuestos de confusión y denigración son sólo ejemplificaciones de la cláusula general que impone la adecuación de la conducta competitiva a la corrección profesiones (54). Pero también existe el riesgo, denunciado por algún autor, de que la jurisprudencia, ante la concreción de esta y la determinación de aquéllos, opte por la vía de aplicarlos con preferencia, dejando sin precisar el contenido de la cláusula que por indeterminada exige precisamente una mayor clarificación jurisprudencial a la vez que permite una más fecunda aplicación de la disciplina jurídica de la competencia desleal.

Se ha aludido antes a que se propone un paradigma de conducta en la actividad publicitaria, y, en efecto, así es supuesto que se trata de actos humanos, pero es menester decir en seguida que el standard no se refiere al elemento intencional de la conducta sino a su resultado obje-

tivado que es el acto en sí.

El animus del anunciante no juega en la calificación de la deslealtad que se diferencia así, en un primer momento, del ilícito civil, que exige el elemento de la culpa.

Una diferencia más estriba en que para la calificación no es necesario que exista una víctima que haya soportado efectivamente el daño, bien en su patrimonio bien en la esfera de su personalidad -daños morales-.

El acto de competencia desleal no supone una lesión a la esfera jurídica de otro perfectamente determinado. O bien es capaz de provocar el daño y por tal potencialidad se reprime, o bien engendra un daño efectivo pero que no es soportado por nadie en concreto sino por la colectividad en cuanto ostenta un interés a que no se interrumpa el equilibrio concurrencial (55).

Evidentemente, que con independencia de ello podrá darse la existencia de un daño, patrimonial o moral, que encontrará cauce de satisfacción por la vía del artículo 1902 del Código civil.

Pero la satisfacción general del orden jurídico violado con el acto desleal se obtiene no por el camino del resarcimiento indemnizatorio sino por el de la cesación del

acto o sus efectos a la prohibición de repetirlo.

Otro punto que merece señalarse es el relativo a la autoría del acto de publicidad desleal. Pero, en realidad, esta cuestión no se presenta sólo en relación con el "principio de libre competencia" sino que, puesto que la ilicitud del acto puede venir en razón de diversos criterios, en todos ellos es necesario plantearse y resolver el problema que surge en la práctica por la intervención que en la ejecución del acto tienen otros entes además del anunciante. Esta es la razón por la que ha parecido conveniente tratar de esta materia cuando se analice en el próximo Capítulo los aspectos procesales de la disciplina de la publicidad. Baste aquí dejar consignada la remisión.

Una vez expuestas todas estas cuestiones que están a la base de la disciplina de la competencia desleal a través de actos publicitarios, es oportuno entrar en el análisis de cada uno de los supuestos que el segundo párrafo del artículo 10 del Estatuto configura como típicos de la deslealtad.

A) "Se considera desleal la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes o servicios". Así comienza la norma que, como se advierte, omite cualquier

referencia a la posible confusión entre las firmas o empresas que no debe impedir que se extienda la prohibición a lo que acaba de señalarse.

En opinión de ASCARELLI se tutela por este cauce el interés a la identificación o diferenciación del anunciante de sus productos o de sus servicios, para que pueda quedarle asegurada "la demanda de los clientes que quieran escogerle" (56).

No es necesario que la confusión haya llegado a producirse sino que basta que razonablemente sea posible. Por eso es preferible hablar de "confundibilidad" (57).

En relación con esta materia me parece que es menester proceder a una clasificación indispensable. Porque es claro que la función distintiva entre empresarios, productos y servicios se reserva por el Derecho a los signos que él reconoce como diferenciadores y sobre los que otorga un derecho de utilización exclusiva. Entre ellos no se encuentran los instrumentos publicitarios.

Sin desconocer la función que estos cumplen en favor del robustecimiento de aquellos signos -que ha sido reconocida reiteradamente por nuestra jurisprudencia- el mayor valor que la publicidad presta no opera la taumaturgia de



que se le trasvase a ella la función distintiva, que sólo continúa vinculada al signo. Más potentemente cuanto más popularizado, pero exclusivamente al signo distintivo.

Y, consiguientemente, si la confundibilidad es lo contrario de individuación, parece que sólo puede darse en la medida que se afecten las funciones diferenciadoras. O, lo que es lo mismo, en tanto en cuanto se arriesgue el valor distintivo de los signos que cumplen la función individualizadora. Pero para tales casos el titular se encuentra suficientemente protegido por su derecho exclusivo a utilizarlos.

En ese sentido, creo que tienen razón los autores que en relación con la confundibilidad dejan al margen los actos publicitarios (58).

Ahora bien, todo esto es a condición de que no se reconozca que el riesgo de confusión puede engendrarse por causas diversas a las del empleo de los signos distintivos. Y no creo que sea necesario enredarse en conceptualismo alguno para determinar que sea función distintiva y si la cumplen o no los instrumentos publicitarios. Es un hecho incuestionable que la argumentación publicitaria se propone por el anunciante con el propósito de que sea a él a quien elijan los destinatarios para contratar, con preferencia, a los

demás. Incluso, los demás que no sean competidores. En definitiva, el propósito es que se consuman sus productos, se contraten sus servicios o, en general, se concluya con él, y no con otro, una relación comercial.

Y si con tal designio instrumentan los anunciantes su publicidad, y si ésta ha de manifestarse como un servicio al público (art. 10 EP), es obvio que deben establecerse las condiciones adecuadas para que el público pueda discernir entre las comunicaciones de unos y otros anunciantes y no incurra en confusión (59). Máxime si se reconoce en la publicidad un instrumento "autónomo" de competencia.

Atendida la finalidad de la diferenciación entre empresarios, productos y servicios, el Derecho instrumenta los recursos que se estiman más idóneos para atenderla. Y surgen los derechos de exclusiva utilización de los signos distintivos.

En aras del fin de mantener una claridad y transparencia en las comunicaciones que los anunciantes dirigen al público, debe también el derecho suministrar el expediente técnico más adecuado. Que es el de mantener la posibilidad de que se imputen con certeza las comunicaciones a quien las emite. Sin necesidad de configurar nuevos objetos

de derecho absoluto, el fin puede obtenerse simplemente impidiendo el riesgo de una confusión.

Con lo que se advierte la radical diferencia que se continúa manteniendo entre los dos cauces jurídicos, netamente distintos para los supuestos de competencia ilícita relativa a los signos diferenciadores y para los que quedan incursos en la calificación de deslealtad en materia publicitaria.

Así lo entiende el Jurado Central de Publicidad que, en un supuesto en que a la similitud de las marcas de dos productos en directa competencia se unían unas argumentaciones consideradas como denigratorias, entra en el exámen de la posible denigración pero deliberadamente se aparta de pronunciarse sobre la similitud de los signos "en razón de que se trata de una cuestión sometida a la legislación sobre propiedad industrial que deberá plantearse ante la jurisdicción competente" (60).

La confundibilidad consiste en la posible equivocación del público al atribuir a una persona las cualidades o productos o servicios que son de otra. Y en este sentido cuando se produce por medio de la publicidad, es el mismo mensaje el que debe ser posible causa de la confusión.

De esta suerte, me parece que sólo en dos circunstancias puede serlo: o bien porque el mensaje deduzca el público que el anunciante o el producto es justamente el o del otro; o bien porque el mensaje constituya una servil imitación del emitido por otro anunciante.

En el primer caso, en realidad se está en presencia de un supuesto de falsedad publicitaria y no de confusión. El acto debe ser reprimido en cuanto falaz, antes que por la deslealtad que entraña. Tales serán los casos en que se reproduzca gráficamente el producto o el establecimiento de un competidor como si fuera el propio o aquellos en que se reproduzcan ilustraciones de los catálogos de un concurrente (61).

Pueden darse casos de falsedad o de publicidad engañosa, en los que el engaño consistirá precisamente en la confusión del público en sentido técnico. Pero puesto que no en todos tiene por qué ser así, se advierte con facilidad que el supuesto de la confusión se aísla del de la publicidad engañosa. Uno es el juicio que merezca el acto desde el principio de veracidad y otro el que pretenda establecer la deslealtad por confusión.

No puedo entonces compartir el criterio sus-

tentado por el Jurado en el fallo Publicidad Oro contra Laboratorio Drive, S.A. La cuestión se planteó, como se recordará, en torno a la exactitud de la propiedad que se atribuía a un dentrífico de perdurabilidad de sus efectos durante veinticuatro horas. El fallo prohibitivo del mensaje se fundamenta no en su exactitud sino en que "con independencia" de ella, se estima susceptible de crear confusión en el público por apoyarse en los mensajes de un competidor que estimulaba a la higiene bucal después de cada comida por resultar necesaria.

Permitaseme decir que, a mi juicio, la mayor confusión se encuentra en el propio fallo. Porque una es la que sufre el público, como error, y otra muy distinta que se confunda a un competidor en otro o que se tome como de uno el producto de otro. Sólo esta es la confusión relevante para la calificación de la deslealtad. La primera deriva de no respetarse el principio de veracidad y no implica, por parte del público, relación con nada que no sea la estimación que le merece el propio anunciante o sus propios productos o servicios.

El fallo para poder reprimir el acto publicitario en base a la "confusión", como perplejidad del público

ante dos mensajes contradictorios, debió enjuiciarlo por su falsedad o su veracidad, y debió además evitar la utilización de aquél término, porque, desde luego, no cabe en modo alguno sostener que el mensaje produjera el efecto en los consumidores de creerlo referido al producto del otro competi-dor, incidiendo, así, en el supuesto de la confundibilidad.

En suma, en éste se comprenden de modo plenario y único los casos de imitación de los mensajes pu-blicitarios o plagio formal.

Ya se señaló más arriba que el anunciante podía encontrar protección para la exclusiva utilización de los mensajes publicitarios en la disciplina jurídica de la competencia desleal (62). Este es, justamente, el caso.

Referida la imitación a la publicidad, significa el plagio de la "argumentación" publicitaria. Como ésta, por definición, hace relación a la actividad principal del anunciante y su finalidad es la de favorecer su incremento, parece claro que debe prevenirse el plagio cuando el público pueda confundir la actividad de un anunciante con la del otro (63). Y ello sólo será posible si entre ellas existe una auténtica afinidad o similitud, esto es, si las argumentaciones publicitarias paralelas se instrumentan a favor de anunciantes que

despliegan una idéntica actividad en el mercado o en favor de productos o servicios en situación concurrencial (64).

Se destaca así, nítidamente, el supuesto de confusión de los de tutela a través de derechos absolutos sobre bienes inmateriales. Quiere decirse que aún cuando el anunciante no ostente ninguno de esos derechos sobre la argumentación publicitaria que utiliza, podrá, sin embargo, impedir válidamente que sea plagiada por otro anunciante, si con ello se provoca una confusión en sentido técnico entre el público. Son dos cauces de tutela jurídica que obedecen a diverso planteamiento porque surgen de supuestos de hecho distintos y se instrumentan de modo por completo diverso. Ni en el caso de que exista protección por un derecho absoluto es necesario atender a la circunstancia de la posible confusión, ni será necesario que el mensaje publicitario se encuentre protegido por la vía de los derechos absolutos para que pueda impedirse el plagio formal cuando provoque la confusión en el público.

Desgraciadamente, esta interpretación no ha sido acogida hasta ahora por el Jurado Central que en un supuesto de los que aquí se analizan manifiesta, a mi juicio, una inexplicable vacilación en la aplicación de la doctrina

(65). Se trataba de dos campañas de publicidad iniciadas con escasa diferencia de fechas, mantenidas simultáneamente en los mismos medios generales y que se referían a dos marcas de vino de mesa, apoyándose las argumentaciones en la misma idea de un concurso con premio cuyo desarrollo era similar, y manifestándose ambas con idéntica expresión formal. Junto al plagio se daba el otro elemento de la posibilidad de confusión por la directa situación de competencia de los dos productos que se anunciaban. El Jurado resuelve que "no existe infracción en cuanto a la similitud de ambas campañas" y se fundamenta en que por pertenecer las dos al mismo género y referirse a productos similares "concurren" en las mismas similitudes genéricas que en ningún caso puede estimarse que constituyen el fenómeno de imitación de una creación original, sino expresión de una competencia comercial que no puede pretender ser evitada en un régimen de libertad".

En la misma ratio decidendi se evidencia la inconsistencia.

Efectivamente, en materia de competencia desleal por confundibilidad no se trata de enjuiciar el acto a la luz de los principios informadores de la disciplina de la



protección de las creaciones intelectuales, sino que, justamente al contrario, donde esta tutela no alcanza cabe, sin embargo, protección en base a la confundibilidad. No se juzga por eso el supuesto derecho sobre la obra publicitaria sino la susceptibilidad para la confusión. Y precisamente por tratarse de campañas del mismo género referentes a productos similares, la confusión es posible, con independencia del carácter genérico de la idea de la campaña.

Pero además el fallo que se comenta al confundir los dos órdenes diversos de tutela me parece que incide en el error de oscurecer su propia competencia material, que no alcanza a las cuestiones relativas a la declaración de derechos. Y el fallo prejuzga sobre la inexistencia del derecho a la exclusiva utilización de la campaña. Tanto más chocante resulta cuanto que el propio Jurado tiene reconocido acertadamente que las cuestiones sobre derechos al amparo de las normas sobre propiedades especiales deben eliminarse de su conocimiento (66).

Finalmente, conviene resaltar que no obstante la doctrina sustentada por el Jurado, en el fallo se estima que la semejanza de una de las expresiones utilizadas en el mensaje "es susceptible con gran verosimilitud de producir

confusión" por lo que resuelve su eliminación para el futuro. Prescindiendo de que con ello el Jurado ha despedazado el mensaje para su interpretación, fijándose aisladamente en una de sus expresiones sin reparar que lo decisivo es la consecuencia que se obtiene del contexto general, resulta que para el enjuiciamiento de esta aislada expresión se abandona el criterio de su consideración como obra del ingenio para aceptar el sano de la posibilidad de confusión, que es el que debió presidir la total interpretación del mensaje. Pero, sin embargo, tampoco en este punto la doctrina que se deduce de la resolución es todo lo clara que sería de desear puesto que si se acuerda la eliminación de la expresión se hace en base a la presunta intencionalidad de crear la confusión. Mas en la disciplina de la competencia desleal el animus del anunciante -del sujeto activo más ampliamente- es algo ajeno al enjuiciamiento del acto en sí, que será desleal o no por el simple efecto o resultado que es capaz de producir. En este caso, la confusión del público,

La ausencia de una doctrina coherente relativa al supuesto específico de la confundibilidad se advierte también en otro fallo del Jurado en el que llega a afirmarse que el mensaje publicitario incurre en todos los supuestos

previstos en el artículo 10 del Estatuto (67). Pero esta afirmación resulta un tanto sorprendente porque ese precepto junto a la confundibilidad acoge la denigración y la contrariedad a los principios de la corrección o buenos usos. Nada habría que decir si el acto idóneo a engendrar la confusión se considerase, además, que infringe la cláusula general, pues, como es sabido, la doctrina sostiene que tanto la confusión como la denigración son simples ejemplificaciones de aquélla. Pero ya no parece tan seguro poder asimilar un supuesto de confundibilidad con uno de denigración porque son conceptos contrarios cuando se aplican a la competencia. No se comprende cómo puede reconocerse una denigración del competidor o sus productos en el acto que pretende confundirle o confundirlos con uno mismo o con los propios. El fallo del Jurado sólo se explica en razón de la falta de esclarecimiento de la figura de la confusión referida al ámbito de la competencia, esto es, de la confusión de que se ocupa el artículo 10 del Estatuto, distinta de la que se pueda originar en el público por la ausencia de veracidad en la argumentación publicitaria, que se contempla en el artículo 8º del mismo texto legal.

Esta oscura posición que se advierte en las

decisiones del Jurado no debe nublar una correcta interpretación para el aislamiento del supuesto de la confundibilidad, que, me parece, puede resumirse sosteniendo que sólo es reprimible por este cauce el acto publicitario que permita que el público lo estime referido a otro anunciante o a otro producto o servicio; pero siempre que esto ocurra, el acto incurrirá en el supuesto de confusión sea cual sea el fundamento de que se derive, sin necesidad de que concurra ninguna otra circunstancia y, desde luego, con total independencia de que el anunciante con quien la confusión sea posible esté o no amparado por un específico derecho subjetivo absoluto sobre bienes inmateriales.

A esta orientación responde la dirección jurisprudencial en el derecho comparado.

De la abundante jurisprudencia italiana que se ocupa de esta materia, citaré solamente la sentencia del Tribunal de Milán de 16 de Mayo de 1957 en la que se afirma que la imitación de formas de publicidad y del contenido de opúsculos es ilícita en cuanto que sirviéndose de elementos de reclamo idénticos manifiesta la voluntad de generar confusión (68).

También la jurisprudencia francesa se orien

ta en idéntica dirección. Claro es que, vinculada en el sistema francés la disciplina de la competencia desleal a los supuestos del ilícito civil (art. 1382 Código civil) las cuestiones se centran siempre en torno a la culpabilidad del anunciante que provoca la confusión. Pero esto no impide, sin embargo, que a efectos de aislar el supuesto de hecho pueda verse también en la jurisprudencia francesa el criterio de que debe referirse a confusión entre anunciantes, sus productos o sus servicios. Una sentencia de París, de 24 de Mayo de 1960, estimó la deslealtad por una semejanza de los slogans con que se anunciaban unos productos en directa concurrencia (69).

La doctrina alemana no duda en reconocer la posible represión de los mensajes que son imitación de otros aunque no sean estos objeto de tutela a través de las normas específicas de los derechos sobre bienes inmateriales (70).

En el sistema angloamericano de common law las primeras falsedades publicitarias que se reprimieron a través de la acción "passing off" fueron precisamente aquellas capaces de crear en el público la impresión de que el producto o negocio del anunciante correspondía a

otro industrial (71). Con ello se abrió el camino a una más amplia disciplina de la publicidad engañosa, pero no puede desconocerse el valor que tiene, a nuestro objeto de ahora, reconocer que era la confundibilidad entre competidores y sus productos el criterio que determinaba la calificación de falsedad ilícita y, como tal, reprimible.

La confusión, en sentido técnico, insisto una vez más, no consiste en cualquier engaño al público sino solo en el que supone que se tome un producto por otro o que se refiera el producto o el servicio a un concurrente.

B) Para el artículo 10 del Estatuto, la segunda categoría de actos publicitarios desleales es la de los que tiendan "a producir el descrédito de los competidores o de los productos de los mismos".

Ciertamente, esta categoría tiene su contexto típico en la actividad publicitaria (72).

A ella se refieren los apartados d) y e) de la vieja ley española de 1902, que tipifica respectivamente como supuestos de competencia ilícita la propagación de falsas aserciones contra un rival que tenga por objeto quitarle su clientela, y publicar anuncios que tiendan a desprestigiar la calidad de los productos de un competidor.

El supuesto de la denigración o descrédito se encuentra recogido, con formulaciones sustancialmente coincidentes, en el fondo, en los sistemas de derecho comparado.

El aspecto fundamental de la cuestión reside, a mi juicio, no en la formulación del principio sino en la interpretación de lo que deba entenderse por verdadera denigración en sentido técnico, en el ámbito de la competencia a través de la publicidad.

Se ha señalado en la doctrina que la represión de los actos denigratorios protege el interés de cada uno sobre su propia reputación. Creo que hay que reconocer la aproximación genérica dentro del campo de la tutela de la fama o el honor. Pero estimo que no pueden identificarse los supuestos. La reputación que ahora se protege es la que tiene relieve en el mundo del tráfico patrimonial. Y en este sentido es muy expresivo el término "descrédito" que la ley utiliza, puesto que, en el tráfico, el honor y la fama de los sujetos son su "crédito".

No es de extrañar, sin embargo, que haya sido ASCARELLI quién sostuviera la tesis indicada, puesto que en Italia la disciplina de la competencia desleal se refiere al puro ámbito privatístico, de la tutela de los competi

dores. Pero no me parece posible recibir la teoría sin más en nuestro sistema que, excediendo aquél limitado ámbito, articula una disciplina de la competencia desleal a través de la publicidad dentro del marco de un régimen jurídico más amplio que comporta una indispensable jerarquización de fines.

La matización me parece fundamental porque implica un análisis del fenómeno denigratorio desde una óptica diversa a la del relativo a los supuestos de violación del derecho a la fama de la persona por el hecho de serlo.

Todo acto de competencia supone unos efectos en el equilibrio concurrencial, en cuanto que, precisamente es tal por intentar atraer hacia el círculo de relaciones negociales propias a la clientela, sea manteniendo la que ya lo es evitando que se diluya -sea incorporando - intentando incorporar - la que lo era de un concurrente.

Bajo las condiciones objetivas de situación de competencia, el acto de publicidad es siempre un acto de competencia. Partiendo de que aquél supone, por si mismo, o por el proceso de respuesta de los destinatarios, una "motivación" para preferir contratar con el anunciante, se estima que la "motivación" debe fundamentarse sólo con referencia a las circunstancias propias de la actividad o del



producto o servicio del anunciante; para, en otro caso, hablar de "publicidad relacionada" y calificarla de actividad desleal, (73).

Teoría ésa de un gran abolengo en las prácticas comerciales, que ya en la Edad Media se encontraban disciplinadas en tal sentido. Recordándose a esos efectos las Ordenanzas que en 1367 prohibían a los sastres y a sus mujeres en Frankfurt Maine echar sus tejidos por encima de los que estuviera mostrando otro sastre a su cliente, y las que desde 1368 prohibían a los pertenecientes al gremio de comerciantes de Breslau dirigir afrentas contra el producto de otro hermano (74).

Para poder hablar con algún fundamento de la "publicidad relacionada" no debe contemplarse el acto en su aspecto material porque desde él todo acto publicitario encierra una referencia a otro u otros, sino desde la perspectiva de la forma en que la relación con otro u otros se manifiesta.

Lo que comporta una doble cuestión. En primer lugar, determinar cuando se puede decir que la motivación no se fundamenta sólo en circunstancias propias. Para, en segundo término, llegar a conocer si es suficiente

la "relación", para hacer merecer al acto la calificación de desleal por atentar al crédito del o de los concurrnetes. En otros términos, la cuestión se plantea en torno si la forma o modalidad desleal reside en la misma "relación", o si ademas es requisito que tal relación se produzca en una forma concreta que es la que determina la deslealtad.

Sólo a través de la respuesta que se dé, se habrá conseguido aislar el supuesto específico de deslealtad que ahora se examina.

Es un hecho -y, por lo tanto, indiscutible aunque sí comprobable- que los anunciantes no acostumbran a referirse en su publicidad a los competidores, señalándoles expresamente o a sus productos o servicios. Si la calificación de la deslealtad se reservara para esos casos, la norma encontraría muy escasa aplicación.

Esa es la razón de que la doctrina sea constante al sostener que es suficiente que el competidor sea reconocible por el público, aunque no se le nombre. Con lo que se dá entrada en cierto modo a la elaboración de los destinatarios en su respuesta a la comunicación. Y se tendrán en cuenta una serie de circunstancias objetivas como serán el número de los competidores, el marco geográ

fico, el tiempo en que el acto se realiza, si es coetáneo o posterior a otros actos del concurrente, etc.

Supuesto que es irrelevante que la identidad del competidor o su producto se exprese en el mensaje. Es no obstante, suficiente que se deduzca para que el acto se estime denigratorio o es necesario, por el contrario, que además se manifieste la referencia en una forma en la que radique la definición del descrédito?.

Si llega a considerarse que esta forma específica no es condición necesaria, la denigración se entenderá conectada a ciertas modalidades publicitarias en las que objetivamente se advierta el alcance denigratorio prescindiendo de cualquier otra consideración.

Y así se habla de publicidad comparativa, publicidad superlativa y publicidad excluyente. Que tienen de común consistir en actos que encierran una "relación" con la actividad del competidor o con sus productos o servicios. Sea porque en efecto se proponen -o se deduce su proposición- como términos de comparación, sea porque lo que justamente se deduce del mensaje es que no cabe comparar por la superioridad que contratar con el anunciante encierra.

En mi opinión, la respuesta al interrogante

planteado tiene que encontrarse forzosamente en función de la ratio o fundamento que preside la disciplina de la competencia desleal en materia publicitaria. Y no me parece ocioso sentar unas premisas que nadie discute pero que, frecuentemente, se olvidan.

Todo el que ejerce una actividad para el mercado se expone, por ese simple hecho, al riesgo de que sus ofertas sean mejoradas. Mantener esa posibilidad es la justificación del sistema de libre competencia. Que permite además ejecutar a los consumidores su derecho de "soberanía" en el mercado. Pero, superado el ingenuo insnaturalismo liberal, a nuestra altura histórica el mundo económico se somete al principio de la solidaridad humana que impone valorar conductas y posiciones en el mismo mercado y, por lo tanto, exige una aplicación de las normas impregnada de aquellas valoraciones que permitan el máximo aprovechamiento de los recursos y el mayor reparto de su disfrute.

Quedan lejos los tiempos en que las "técnicas comerciales" se reducían al inocente juego de echar unas piezas de tela por encima de otras. Hoy no se amontonan los tejidos, sino los mensajes que expresan sus excelencias. Y no los muestran las mujeres de los sastres preci-

samente sino que se difunden a través de poderosos canales de comunicación después de una instrumentación obediente a reglas científicas y técnicas. El amontonamiento no se produce en la circunstancia de decidir la contratación sino que los mensajes se vuelcan en catarata impertinente en los momentos en que se busca la mayor intimidad y sosiego. Porque hasta el cuarto de estar familiar y el espectáculo y el paisaje mismo se han convertido en nuevos mostradores en que se exhiben confusamente los mensajes que ofrecen "más por su dinero" que aseguran sea la calidad del producto "superior al mejor" o que sostienen encerrar el secreto de la eterna juventud y del éxito en razón de sustancias que sólo ese producto contiene, y a las que generalmente se denominan de modo tan insólito como vacío de significado y atentando, por lo demás, al lenguaje académico.

En esta babel ciertamente "alienadora" sucede que la competencia ha trasladado su centro de gravedad desde las cualidades de la actividad o del producto a la argumentación tecnificada capaz de "motivar" psicológicamente el consumo de lo que no querría consumirse, para poder seguir produciéndolo (75). Y , lo que es más grave, capaz también de obnubilar el juicio de los consumidores en

su elección, de modo que con ella no sólo no se garantiza la supervivencia de los mejores -cosa de la que ya se está de vuelta- sino que casi siempre se dará el triunfo a los mejor preparados para la lucha publicitaria, impidiendo la selección en la medida que puede favorecer al mantenimiento de los menos deseables en el mercado, y obstaculizándose así la satisfacción del innegable interés general al mejor aprovechamiento y mayor disfrute de los recursos disponibles '76).

En estas coordenadas de la realidad prejurídica hay que esforzarse en entender jurídicamente el fenómeno publicitario y, de modo concreto, la disciplina de la deslealtad y el supuesto específico del descrédito.

Sólo podría alzarse como obstáculo definitivo para una interpretación de las normas desde la perspectiva señalada que el sistema inspirador de las mismas o su ratio se hubiera hecho descansar por el legislador en otros horizontes. Pero, afortunadamente, no es ese el caso de nuestro Estatuto. Las razones para entenderlo así nos son ya conocidas. El párrafo primero del artículo 10 y el artículo 82 son base más que suficiente para interpretar sin género de duda que las normas que disciplinan la publicidad

lo hacen en razón de su trascendencia social. Y, por lo tanto, la especificación de los supuestos de deslealtad prevista en el segundo párrafo del artículo 10 me parece que sólo puede interpretarse desde aquella óptica.

Situado entonces en este plano el análisis del descrédito, creo que se esclarece la mayor parte de las dificultades que se suscitan.

Ciertamente un acto de publicidad puede comportar una lesión al "crédito" del concurrente, pero, puesto que el fundamento de la represión está en el interés de los consumidores, sólo cuando aquella lesión no signifique un provecho para su servicio podrá calificarse de desleal.

Lo que, en otros términos, supone admitir que existe una justificación para el acto lesivo. La que deriva de la letra y del espíritu del primer párrafo del artículo 10 del Estatuto, por sí solo y en relación con el artículo 8º.

No me cabe duda que la regla de nuestro Derecho en la materia podría formularse de ésta o parecida manera: Es desleal la lesión injustificada al crédito de los competidores (77). Y no está injustificada la que rinda un "servicio" a los consumidores, por constituir "un instrumento ordenado para orientar su libertad de elección", libertad que sólo es

posible, por definición, cuanto más se tenga en cuenta la racionalidad que deriva del respeto a la verdad, y se mantenga una "lícita" concurrencia en el mercado, que se califica por su sometimiento al orden público económico expresa y positivamente introducido en nuestro Ordenamiento por la Ley de 1963, y a cuya luz habrá de valorarse por los juzgadores la licitud de la competencia publicitaria que pone en trance el juego mismo de la competencia entendido desde las actuales y vigentes valoraciones sociales (78).

Porque la publicidad se ordena a esos fines, queda sometida "a las leyes, principios y normas que regulan la competencia desleal". Lo que terminantemente significa que la deslealtad deberá calificarse en todo caso desde aquellas superiores finalidades (cfr. arts. 10 y 8º E.P.).

Sentadas estas consideraciones, es hora de volver a enlazar con la cuestión planteada.

Se comprende que mi conclusión no puede ser otra que la de estimar que no es en modo alguno suficiente que se descubra cualquier relación o referencia al competidor para que el acto sea desleal por descrédito. Ello es sólo una condición necesaria pero que no se basta a sí misma. Haciéndose indispensable entonces que junto a ella



se de 'el dato terminante de que esa referencia no se encuentra justificada.

La tesis contraria se ha convertido desventuradamente en un axioma, al parecer inconmovible, en los sistemas positivos de la Europa continental. Y, así, tanto en Alemania como en Italia, se reprime en todo caso la llamada publicidad comparativa por considerarla siempre comprendida en el supuesto de la denigración. Sólo por vía de excepción se admite muy moderadamente y en casos contados. Para la jurisprudencia y doctrina alemanas, el catálogo excepcional se reduce a los supuestos de comparación de sistemas, a la comparación que sea defensa contra el ataque de un competidor y a la que obedezca a aclaraciones o explicaciones solicitadas por la clientela -cuestión, como se vé, alejada de la publicidad-. La jurisprudencia italiana se muestra en este punto aún más restrictiva, y admite en ocasiones la comparación de sistemas, estableciendo una serie de requisitos y exigencias para considerar admisible la comparación por vía defensiva (79).

Pero, en todo caso, la existencia, en el Derecho comparado de una lista de excepciones, siquiera sea brevísima, tiene la enorme significación de que, en definitiva,

no puede dejar de reconocerse la licitud de una publicidad comparativa, y en razón de unos fundamentos que escapan al ámbito concurrencial. Puesto que la base para admitir la comparación de sistemas reside en la defensa del progreso industrial y técnico que, según la jurisprudencia de ambos países, no puede cortarse por la supuesta tutela del interés particular de los competidores.

Ese fundamento a la excepción unido en Alemania desde 1965 a la legitimación activa de la representación, de los consumidores para accionar en base al párrafo 3 de la UWG, me parece brecha suficiente para una evolución progresiva de la jurisprudencia que seguramente se producirá por la indiscutible receptibilidad de los juristas germánicos (80).

Porque, en efecto, no resulta fácil explicar se el por qué de esa restricción al desarrollo lógico del principio de que es forzoso admitir límites fuera del ámbito del mero interés de los competidores, que convertiría el criterio en general, ante las reales circunstancias socio-económicas y las propias del fenómeno publicitario.

Como tampoco es fácilmente explicable la razón por la que a los efectos denigratorios se establece una

diferenciación -aparentemente arbitraria- entre publicidad comparativa -siempre, salvo excepción, prohibida- y la superlativa, que se admite sin escrúpulo cuando es verídica.

(81). Creo que es patente respecto de aquella el peso de tradicionales concepciones que, sin embargo, no gravitaron

los jueces y autores alemanes al enfrentarse como fenómeno nuevo -en su época, claro está- con la publicidad superlativa a la que no hubo reparo alguno en someter radicalmente al fundamental y severo principio de la veracidad por recogerse desde momento simultáneo a la aparición del fenómeno en la ley sobre la competencia ilícita.

No es necesario repetir aquí que la pobreza de matices que rodean el enjuiciamiento de la publicidad en el sistema italiano -paradoja inexplicable por lo demás- lo inhabilita desde luego para cualquier referencia al mismo (82).

Si la letra de nuestro Estatuto, su espíritu y su sistema -separando con preeminencia el principio de la veracidad del de competencia- se ajusta, además, al entendimiento certero del fenómeno y desarrolla lógicamente unos principios que no han podido ser olvidados incluso en otros sistemas de diferentes raíces, habrá de concluirse

que la interpretación y aplicación ha de realizarse en el sentido más fecundo que aquí se propone, de estimar desleal la referencia o relación cuando esté injustificada (83).

Siempre, desde luego, lo está el ataque que se produzca al concurrente en violación de su derecho imprescriptible a su propia fama u honor, que por pertenecer a su esfera personal no puede desconocerse ni quebrantarse en virtud de razón alguna, Y no debe olvidarse que el "expediente técnico" de la personalidad jurídica no puede ocultar la realidad de la persona o personas humanas que lo utilicen. Pero obviamente el supuesto escapa al de la deslealtad en la competencia para encuadrarse en la general disciplina que impone el respeto a los derechos de la personalidad. Y no está de más recordar que incluso está previsto expresamente también en el artículo 7º del Estatuto. Lo que no quiere decir, sin embargo, que no pueda calificarse el acto de ataque como de deslealtad en la competencia. Afirmar, por ejemplo, en la Alemania nazi la raza hebrea de un comerciante, o atribuir a un industrial la falsificación de una patente o la de una denominación de origen o cualquier actividad que pueda perjudicarle en sus relaciones negociales, aunque se haga a los fines de la competencia, me parece que excede los

límites de la disciplina jurídica de la desleal para reconducirse a otros conjuntos normativos -ya civiles ya penales- claramente referidos a la tutela de la fama y del honor. Sin perjuicio de que pueda ser enjuiciado el acto por su capacidad para desviar la clientela y, en este sentido, como desleal (84).

Fuera del caso de la denigración que lesione la fama o el honor de la persona como tal, el descrédito a través de la publicidad sólo estará, en mi opinión, injustificado cuando con él pretenda sustituirse el juicio del público y cuando se base en "argumentaciones" falsas.

Por sustituir el juicio del público entiendo no desde luego suministrar elementos útiles para el mismo sino forzarle a rechazar irracionalmente el producto o el servicio de un competidor. Y sucede así siempre que la referencia se produzca en tonos despectivos.

El descrédito no se determina, en consecuencia, por la modalidad de la publicidad según unas categorías objetivas a las que se reconoce a priori alcance denigratorio, sino o por la expresión despectiva o porque la referencia -de la que obviamente siempre saldrá ganancioso el anunciante - no se ajuste a la verdad.

La llamada publicidad comparativa como la superlativa y la excluyente han de merecer su calificación no por su modalidad sino en razón de que no se ajusten a la verdad, que es lo que les dá el auténtico alcance denigratorio, en cuanto lesión injustificada. Descubriéndose, como se señaló en su momento, la trascendencia o eficacia refleja del principio de veracidad en la disciplina de la competencia desleal. Precisamente por estar al vértice de toda la que regula la publicidad como fenómeno social, que afecta múltiples sectores de intereses e incluso el mismo sector económico desde variadas perspectivas.

Se dirá que, con ello, en realidad, sólo nos remiten al supuesto del descrédito bien los casos de los ataques a la fama o el honor personales (125) bien aquellos en los que el tono despectivo es evidente, puesto que todos los demás se disciplinan por el principio de veracidad. Seguramente es así en último término. Pero ha de tenerse en cuenta que este principio no viene a disciplinar directamente la competencia sino que se impone positivamente a todo acto publicitario con independencia de ella y pensando, especialmente, que lo que se afirma publicitariamente responda a la verdad. Si en el caso concreto la "afirmación publicitaria" se

ha obtenido a través de una comparación -en sentido amplio- sigue siendo obligado que la verdad se mantenga, porque el acto es de publicidad. Pero terminar ahí la disciplina jurídica del fenómeno, o introducir simplemente la norma del des crédito imponiendo expresamente la exigencia de la forma des pectiva dejaría sin protección el interés de los competidores en los casos que no fuera posible el juicio de verdad. Que es, además de para los supuestos de formas despectivas, pa ra los que se aplica la concreta norma del descrédito, intro ducida, como es natural, en el sistema de las que discipli nan la competencia desleal y sin la expresa referencia a los tonos despreciativos para que no se reduzca su alcance nor mativo, dejando en desamparo los casos que acaban de se ñalarse.

De este modo, aunque la comparación resis ta la verdad, no debe permitirse que se saque fuera del res peto debido a la racionalidad mediante una manifestación des pectiva. Y debe, igualmente, prohibirse cualquier compara ción que no sea susceptible de un juicio de verdad o false dad. En ambos casos, el ataque al crédito del concurrente no está justificado. Pero sí lo está cuando siendo verídico el mensaje no se expresa despectivamente.

No puedo dejar de aludir aquí que, en mi opinión, el sistema establecido por nuestro Estatuto supera ampliamente los vigentes hoy día en la Europa continental, aproximándose de modo decidido al que impera en los Estados Unidos de América. En el que, partiendo del interés del público, se permite una sana libertad de crítica y la exposición de apreciaciones frente a los competidores siempre que no constituyan afirmaciones maliciosas falsas. El sistema norteamericano es de gran flexibilidad en la valoración de las comparaciones a través de la publicidad porque estima que de ella puede seguirse una efectiva utilidad para los consumidores (85). Lo que, sin duda, influye también decisivamente en el pensamiento de la doctrina europea sin que pueda entonces extrañar no ya que cada vez vayan surgiendo más partidarios de la dirección emprendida por nuestro Estatuto sino que incluso se prevea la aproximación de los sistemas internos en el seno de la CEE desde esas bases.

Si bien las soluciones de Derecho comparado y las orientaciones de la doctrina extranjera no serían suficientes para una interpretación de nuestro Estatuto contraria a su espíritu y a su letra, si resulta que no sólo no es necesario forzar ni uno ni otra sino que ambos fundamentan



una interpretación que estimo progresiva, creo que debemos felicitarnos por el hecho de que ella le aproxime a las corrientes que parecen fluir actualmente en Europa y que, resueltamente, inspiran el sistema positivo norteamericano. Teniendo en cuenta, sobre todo, la dimensión internacional que estas cuestiones tienen y el momento español de aproximación a la Comunidad Europea.

No se desconocen los argumentos que se esgrimen en contra de las tesis aquí sustentadas, en razón de los perjuicios que pueden derivarse por el fomento de la confusión en el propio público. Pero, como algún autor ha señalado, no deben exagerarse esos peligros. Que quedan conjurados, además, a través de una progresiva aplicación del principio de veracidad.

Las ventajas supera, ampliamente, los pretendidos inconvenientes. "Una publicidad verídica que ilustra (sobre las) características de cada producto ... favorece la transparencia del mercado ... y si resaltara datos negativos de los competidores, si son verdaderos, ofrecerá una real contribución informativa" (86). La primera beneficiaria es la publicidad misma.

Porque hay que tener en cuenta que el má

ximo riesgo puede encontrarse en aquellos sistemas que desconocen la aplicación del principio de veracidad. Por eso no es de extrañar que sean voces italianas las más preocupadas en rechazar la comparación e incluso hablar -paradójicamente- de la confusión que se produciría en el público. Pero esa situación es la italiana, dentro de sus propias coordenadas. Lo fundamental en esta cuestión está en la conjunción del sistema. Y esto es lo que hace nuestro Estatuto, instaurar uno que de modo completo regula la publicidad. Las normas por lo tanto han de interpretarse en el sistema porque sólo de él se deduce armónicamente la protección que se otorga a los intereses implicados.

La aplicación rigurosa del principio de veracidad como quiere nuestro Estatuto, fuera de los límites de la competencia y albergando todo posible juicio sobre lo que del mensaje -dinámicamente- resulte comprobable, hace que se disipen los riesgos e inconveniente previstos y augurados para el caso de una admisión incondicional de la "exceptio veritatis" en los supuestos de comparación, referencia o relación.

Se suele argumentar que admitir esa excepción de verdad que purga del descrédito, comporta una bre-

cha por la que puede atentarse a la reserva y secreto de las actividades industriales y comerciales. Pero aún cuando los supuestos de temeridad e incluso de positiva mala fé en la denuncia por descrédito para obtener abusivamente el acceso a aquellos secretos sea, en hipótesis, admisibles, es preciso tener en cuenta que su base serán los actos instrumentados por aquél cuya reserva se quiere a ultranza proteger.

Y es obvio que cuando tomó la iniciativa, aceptó soportar el riesgo sobre su esfera de reserva. Y, en último término, siempre quedará a su personal elección descubrir sus secretos o arrostrar las consecuencias de la calificación de deslealtad. Siempre sin olvidar que la acción en base a estas cuestiones debe apoyarse en actos publicitarios susceptibles de un juicio de verdad.

Justamente además esas razones que se alegan de contrario son las que ponen de manifiesto la importancia de la aplicación rigurosa del principio de verdad aun dentro de la disciplina de la competencia desleal por denigración. Porque, lógicamente, será el fundamental principio de ordenación del marasmo publicitario, que se verá contenido necesariamente, procurando mantenerse en unos tonos ale-

jados de toda exageración, serenos, ingeniosos y dentro de cierta racionalidad.

Por otro lado, el sistema de nuestro Estatuto permite una comprensión coherente de la compleja gama de matices que se descubren en la llamada "publicidad relacionada". En efecto, en los sistemas continentales europeos es indispensable plantearse y resolver aisladamente y con criterios no siempre congruentes entre sí los supuestos de la crítica y de la respuesta a través de la publicidad. Porque, ciertamente, sea cual sea la severidad con que se enjuicie la referencia a los competidores parece que no puede llevarse tan lejos que impida el ejercicio de toda crítica -noble función de inteligencia- ni la posibilidad de la adecuada respuesta, a través de otro acto publicitario, al anunciante impertinente.

Reducido el fenómeno de la competencia de la leal publicitaria al plano privatístico concurrencial que determina la no admisión de la "exceptio veritatis", es necesario en estas cuestiones establecer una serie de distinguos que, sin embargo, resultan insuficientes en un adecuado planteamiento del problema. Respecto de la crítica, lo primero es diferenciar entre la que se realice por motivos científicos

o de divulgación y la que persigue fines de competencia. El asunto no es ni mucho menos sencillo. Porque, además, indirectamente, se fomenta la llamada publicidad redaccional que siendo publicidad pretende enmascararse en la autoridad que merece la opinión de un autor o de un medio informativo. Todavía se complican más las cosas atendiendo a los aspectos en torno a la cualificación del sujeto del acto desleal.

En nuestro sistema, en el que además no puede concebirse una interpretación de alguna norma que suponga una coacción indirecta hacia una forma -la redaccional- expresamente prohibida (art. 9º EP), toda función decrítica se remite a la veracidad para medir por ella el alcance denigratorio. Lográndose armónicamente una solución satisfactoria para todos los interesados. El anunciante que intenta la crítica sabe que no debe recurrir sin sanción a la figura de la publicidad redaccional, y si sabe que puede realizar su crítica objetiva y serena respetando el principio de autenticidad, no tratará de violarlo, con lo que se obtiene una evidente transparencia en la esfera de la información pura y aún de la publicitaria.

Pero si por no mantenerse en los límites

de la objetividad preferiría violarlo, el competidor lesionado injustamente siempre alcanza protección a través del artículo 9º y de la norma del descrédito. Y si no pudiera demostrar el carácter publicitario -que es el presupuesto de la aplicación del artículo 10- siempre puede encontrar satisfacción a través de los mecanismos puestos a su disposición por la ley de prensa e imprenta, especialmente por lo que a la réplica y rectificación se refieren.

Como se advierte, en último término sale ganancioso, en todo caso, el interés del público, gracias al principio de veracidad que lo protege y al entendimiento de la competencia publicitaria en función de aquél superior e indiscutible interés.

Otro tanto ocurre en relación a la posibilidad de respuesta. En un sistema como el nuestro, no es el acto de esa respuesta ninguna excepción a los supuestos previstos por las normas. Por lo que su alcance denigratorio sólo se medirá por la no justificación de la lesión que se infiera al concurrente.

Desde estas consideraciones, se hace imprescindible separar la ya muy interesante colección de fallos que el Jurado de la Publicidad ha emitido en torno a

estas cuestiones. Que si no es todavía suficiente para sentar una regla segura e inequívoca, si basta para advertir cuál es la dirección por la que nuestro Jurado se orienta.

En primer lugar, por lo que se refiere a si es preciso o no que se designe expresamente el concurrente para poder calificar el acto desde la óptica del descrédito, el Jurado ha estimado que no resulta imprescindible cuando por las circunstancias el público podía deducir la relación real el competidor que en el momento de publicarse el anuncio estaba realizando una campaña similar"(87). Ni tampoco cuando sólo existe otro competidor en la ciudad aunque el criterio decisivo continúa siendo también ahora el de estar los dos realizando campañas publicitarias (88).

Pero lo más señalado, si se repasa en conjunto la jurisprudencia del Jurado, es observar la trascendencia denigrante que objetivamente estima en los casos de "publicidad relacionada".

El tono o la forma despectiva de presentación o referencia al producto o actividad del competidor, ha sido desde luego tenido en cuenta por el Jurado en ciertos casos. Pero me parece que no con la suficiente claridad

que permita deducir que es el criterio para la calificación de deslealtad. Por el contrario, en mi opinión, la forma despectiva se considera por el Jurado como una cuestión subordinada a la caracterización del supuesto como de publicidad relacionada.

El caso más llamativo creo que es el de un anuncio gráfico en prensa diaria en favor de una xerocopiadora. Se representaba fotográficamente uno de los clichés para multicopiar en las máquinas tradicionales. La reproducción de la imagen era tan fiel que el cliché se identificaba perfectamente. Y el texto del anuncio era "haga una falla con sus anticuados clichés". El Jurado resolvió prohibirlo en razón de la presentación despectiva de un producto identificable. Si el fundamento se hubiera limitado a eso, por mi parte, nada se podría objetar. Pero es el caso que el Jurado considera que "además de despectivo, es tendente a desacreditar los productos de la competencia". Con lo que parece admitirse que la denigración no reside en el tono despectivo, sino que esto es algo que se añade a la misma que, consiguientemente, sólo puede advertirse por la identificación del producto en competencia. Esta interpretación se refuerza al continuar razonando el Jurado que "la recomen-



dación de hacer una falla es además contraria a la 'mas elemental corrección comercial, en especial tras la perfecta identificación de los productos de la competencia". Pero, en mi opinión, el texto se integra en la contemplación unitaria del anuncio que es la que descubre la forma despectiva al referirse la expresión lingüística a la representación gráfica del otro producto, y es ese tono despectivo el que, remitiendo el caso al supuesto de denigración, es único motivo para la calificación de la deslealtad.

Las no demasiadas claras consideraciones llevan al Jurado en este caso a sostener que el anuncio "incurre realmente en todos los supuestos de deslealtad del artículo 10 del Estatuto." Lo que no parece contribuya a la tarea inexcusable de individuación de cada uno de esos supuestos, con independencia de que resulte incongruente, como ya se dijo sostener que un anuncio denigratorio para el producto del competidor pueda a la vez provocar que el público lo confunda con el propio ( 89 ).

La forma despectiva es criterio que parece inspirar también otro fallo del Jurado (90) en que se califican de desleales unos anuncios que utilizaban expresiones tales como "no tenga más problemas con su calefacción decar-

bón". "también los viejos trenes precisaban de carbón", "sustituya su caldera de carbón" y otras equivalentes que intentaban promover la calefacción por medio de otros combustibles. Se estima la deslealtad por señalar al carbón "como un producto inferior y en desventaja con los productos o aparatos anunciados o bien inducen (los anuncios) de una forma concreta a la sustitución del carbón por otros combustibles". Este último inciso de la ratio decidendi me parece que incide en una indeseable ambigüedad. Puesto que toda publicidad induce a la sustitución de unos productos o servicios por otros, parece que el acento habrá de entenderse que se pone en que la inducción sea "de forma concreta", que deriva de la expresa referencia al carbón. Siendo en definitiva esta referencia la que fundamenta la calificación (91).

Por otro lado, es este acaso uno de los pocos fallos del Jurado en que se cita expresamente el supuesto al que se considera remitida la calificación, que es el alcance denigratorio, como se deduce sin equívoco de la referencia que se hace al apartado e) del artículo 132 de la ley de 1902.

Pero el fallo separa algo que, a mi juicio, debe siempre unirse. La expresa referencia al carbón, me

parece rechazable porque despectivamente se le sitúa en plano de desventaja, esto es, en forma que le desacredite y sin fundarse en la objetividad sino sólo en la mera opinión subjetiva del anunciante.

Parece por consiguiente que, como se ha afirmado antes, no puede deducirse con claridad que la forma despectiva sea criterio único del Jurado para calificar de desleal el acto como denigratorio. Por el contrario, de los fallos expuestos cabe inducir que es simplemente algo que se añade a lo que determina aquélla calificación. Y que es siempre el carácter de "publicidad relacionada". Apreciación ésta que se reafirma al contemplar los fallos que se recogen a continuación.

Dentro de aquella general categoría, el Jurado se ha enfrentado a los casos de comparación desde los criterios tradicionales, y estrictos, de su consideración como objetivamente denigratorios.

Dos son los fallos que, en este orden, me parecen muy significativos. El uno (92) se refiere a la publicidad de un papel pintado del que se dice que es "mas decorativo ... mas variado ... mas resistente". El Jurado, según se dijo más arriba, estima que la relación com

parativa, queda establecida en razón de la publicidad que, a la sazón, estaba realizando un competidor del anunciante. Y en base a lo cuál se considera ilícita por constituir una violación de los principios generales del Estatuto.

Creo que el fallo es ilustrativo para conocer la orientación del Jurado sobre la comparación en publicidad. Como se advierte, se abstiene de entrar el Jurado en el planteamiento de la problemática creada por la comparación. Y se contenta con declarar el acto que la contenga como contrario a los "principios". Pero obviamente, a pesar de la genérica invocación a la disciplina que regula la publicidad, el "principio" violado no puede ser sino el desarrollado en el artículo 10 del Estatuto. Puesto que ni el 7º ni el 9º se pueden considerar infringidos, y respecto del principio de veracidad impuesto en el artículo 8º no sólo no puede considerarse a priori infringido sino que precisamente el Jurado se abstiene de hacerlo jugar en toda su eficacia. Porque el anuncio examinado, junto a un juicio estético sin ningún valor, contiene otros dos juicios sobre materia perfectamente verificable. La variedad de muestrario y la resistencia son circunstancias objetivas de posible y no complicada comprobación. Sólo a través de ella podría obte

tenerse la adecuación o no del anuncio al principio de veracidad. Al no haberse el Jurado planteado la cuestión, creo que puede sostenerse que el único principio que cabe estimar violado es el de competencia impuesto por el artículo 10 del Estatuto. Pero también que la mera comparación supone una deslealtad sin que sea menester juzgar sobre su grado de veracidad.

Idéntico criterio inspira otro fallo (93) del que se deduce la doctrina de que la simple comparación, aunque no se haga de modo despectivo y se establezca sobre materia susceptible de verificación, constituye un supuesto de deslealtad. Se trataba de unos anuncios que para promover la venta de quemadores de petróleo y gas-oil se expresaban: "limpieza: con estos aparatos se suprimen cenizas, escorias y almacenamiento de carbón. Economía: se observa un veinte por ciento aproximadamente menos de consumo que con el carbón".

Los verdaderamente significativo del fallo es que se califica de desleal la publicidad pero no en base al supuesto de la denigración sino por su contrariedad a los buenos usos mercantiles.

De lo que me parece deducir varias conse-

cuencias, sobre todo en relación con el fallo inmediatamente anterior que no especificaba el supuesto, dentro de los del artículo 10, al que remitía la calificación, y en relación con todos los anteriores.

De un lado, parece que se destaca la necesidad de que el acto se produzca en tonos despectivos para que pueda remitirse al supuesto del descrédito. Con lo que para ello no es suficiente sólo la modalidad "relacionada" del acto. La vacilación advertida en el fallo precedente y la declaración contenida en el que ahora se examina, así parecen confirmarlo. Con lo que es de desear que el Jurado vaya superando también sus vacilaciones a la hora de enfrentar actos en tonos despectivos para reafirmar que es esa forma la que fundamenta la calificación denigratoria, sin necesidad de argumentar sobre la "referencia" o "relación" que en el caso se aprecia -como se vió que hacía- puesto que obviamente ella es presupuesto o condición de hecho para que el tono despectivo pueda ser considerado tal, y base, por lo tanto, de la calificación de deslealtad por el descrédito.

A contrario, creo que es posible sacar la consecuencia de que el Jurado no necesariamente reconduce todo supuesto de comparación al de descrédito del artículo

10. Dándose ocasión, en onces, a una superación en la interpretación de la publicidad comparativa que parta de planteamientos que acojan su única problemática en relación, sobre todo, con el principio de veracidad.

Fiero, por otra parte, no puedo por menos de lamentar que la extracción de la publicidad comparativa del supuesto de descrédito no se realice en realidad por el camino de la superación señalada sino para remitirla a la cláusula general de adecuación de la conducta publicitaria a las "normas de corrección y buenos usos mercantiles". Que supone de hecho un endurecimiento indiscutible de la teoría de la deslealtad de la comparación. Como se evidencia pensando que en el supuesto a que se refiere el fallo que se comenta, la comparación se establecía entre sistemas, y no despectivamente sino argumentando sobre cuestiones de fácil comprobación, que no sustituyen arbitraria y subjetivamente el juicio del público por el del anunciante. Y no debe olvidarse que aún en los sistemas europeos que tan severos se muestran con la publicidad comparativa, no se duda en admitirla cuando objetivamente se establece sobre los sistemas. Se fundamenta el recurso a los "buenos usos" en la inexistencia del ánimo denigratorio (?). La remisión del

supuesto a la cláusula general del artículo 10 del Estatuto tiene resonancias de la vieja doctrina pero, evidentemente, creo que está descalificada precisamente por su vetustez anclada en concepciones de claro sabor liberal que procla - man el dogma de la no intervención pública y del ánimo de lucro y el triunfo como motor de toda actividad. En ese contexto la corrección profesional puede cubrir pudorosa - mente no sólo la prohibición de cualquier comparación pu - blicitaria sino prácticas aún más indeseables. Pero lo mis - mo que entonces el concepto de "buenas costumbres" res - pondía a la concepción general de la organización social y económica , debe responder también hoy. Solo que esa concepción ha variado sustancialmente. La noción del orden público económico permite hoy la entrada de una considera - ble regulación coactiva de la vida económica y el juego de las valoraciones y principios que inspiran las directrices bá - sicas de su organización actual (94). Y no me parece que exista razón alguna suficiente a justificar que unas supuesta - mente "buenas" costumbres puedan desconocer que en nues - tra materia existe el artículo 8º del Estatuto, la norma al - juez del párrafo primero del artículo 10 del mismo texto, además de un riguroso sentimiento en la comunidad de que



debe someterse al mundo económico al imperioso principio de la solidaridad.

La realidad es que no puede afirmarse que el Jurado siga un criterio único respecto del supuesto que alberga la publicidad comparativa. Y más me inclino a pensar que, a pesar del fallo anterior, las preferencias están por el supuesto del descrédito.

Uno de los fallos más recientes (95) y, si cabe, más interesantes, es el relativo a unos anuncios en prensa en que una Escuela de Natación advertía al público que no se dejara sorprender por personas que dicen poseer títulos -supongo, claro está, que para la enseñanza de la natación- careciendo de ellos, y que son imitadores de los métodos del anunciante.

Del fallo, aunque no con certeza absoluta, parecen deducirse las siguientes consecuencias. En primer lugar, que los mensajes pueden merecer el doble juicio por el principio de veracidad y competencia. Considerando denigrante el anuncio se estima que "además introduce un elemento incierto" que reside en que del mensaje se interpreta que ha de contarse con una especial titulación para la enseñanza de la natación, cuando no es verdad. Desgraciadamen

te, sin embargo, la práctica de no señalar en los fallos los preceptos que se estiman infringidos dificulta -casi impide- la tarea del intérprete.

En segundo término, la denigración se deduce de haber sembrado el anunciante la duda en el público sobre la capacidad técnica del competidor. Pero ya en este terreno, la cuestión es vidriosa. Porque no se infiere con claridad en donde se hace residir exactamente la calificación. Parece, sin embargo, que descansa en el tono despectivo de la referencia al competidor, o, en otros términos, en el tono despectivo con que se siembra aquella duda. Que se induce del hecho de no ser exigida ninguna titulación profesional para la enseñanza de la natación y de hacer creer al público lo contrario.

No se refiere el fallo para nada a que los anuncios pudieran ser una réplica a manifestaciones anteriores del denunciante, no obstante parecer que sí entrañaban tal matiz.

Creo que, en este fallo, puede encontrarse el primer paso para unas decisiones más resueltamente orientadas en el sentido que aquí se defiende.

Las influencias de las concepciones de nues

tro derecho histórico y de las vigentes en algún sistema de derecho comparado, se advierten, en general, en todo el tratamiento que desde estas perspectivas se dá a los supuestos de la publicidad superlativa. De la que se aíslan aquellos casos en que el propio producto, servicio o actividad, se colocan psicológicamente en un plano tal de excelencia que implícitamente encierran las propias alabanzas una comparación con toda la competencia. Se sigue de este modo la doctrina alemana que desde antiguo reconoce ese matiz que se estima fundamental, y que supone que la comparación no sólo deviene del uso de un comparativo en sentido gramatical o de una presentación que implique la de los términos de la comparación, sino también de ciertas expresiones e, incluso, de expresiones superlativas que implícitamente comportan la comparación, aun subconsciente, en el proceso psicológico de respuesta de los destinatarios (96).

Hay que reconocer, sin embargo, que la construcción, se aguda, no deja de resultar un tanto artificiosa. Porque la publicidad superlativa también entraña una comparación. Pero diferenciarla de la excluyente tiene en Alemania la indiscutible virtualidad que deriva del diverso tratamiento que se dá a la publicidad comparativa -salvo ex-

cepción, ilícita aunque sea verdadera- y a la superlativa que es lícita cuando no es falaz. Cosa que, como es sabido, se determina severamente y por un juicio sobre la comprobabilidad.

En ese contexto, sobre todo por la rica problemática de la exageración y la veracidad, tiene sentido la diferenciación y resulta útil en tanto no se invierta la regla sobre la publicidad comparativa. Pero una vez que esto suceda, deja de tener sentido, puesto que en todo caso deberá resistirse el juicio de veracidad y, superándolo, toda publicidad comparativa también será lícita, exactamente igual a como ocurre con la superlativa, salvo que incida en el supuesto típico de denigración.

El hecho de que nuestro Jurado se detenga en esos matices de diferenciación, implica que está partiendo de una consideración estricta de la comparación en publicidad.

Dos son los fallos fundamentales en esta materia. Uno de ellos (97) se refiere al caso de una publicidad en favor de un café soluble en la que se afirmaba ser "el único café soluble instantáneo que sigue sabiendo a café, café". Para el Jurado, la expresión "único", referi-

rida a "cualidades esenciales del producto" tiene un sentido comparativo por excluyente de los productos similares "con el consiguiente descrédito" para éstos.

Un superlativo, en determinadas circunstancias, deja de serlo a secas para constituir la nueva categoría de publicidad excluyente, que por rebajar a la competencia, se juzga comparativa. Y ahora ya no duda el Jurado en atribuir a esta categoría de comparación un alcance denigratorio. Luego, proyectado el análisis sobre el que viene haciéndose en general, resulta que cabe discernir dentro de la comparación en atención a sus posibles modalidades. Puesto que si en el caso Sindicato del Combustible contra Queshadores Nian, se estimó que el carácter comparativo era contrario a los buenos usos, en este de ahora se declara capaz de producir el descrédito.

Se deduce que además de ser la orientación del Jurado en esta materia más artificiosa resulta desde luego mucho más estricta porque si al admitir modalidades no denigratorias podrían exceptuarse de la deslealtad ciertos casos comparativos, por el expediente de remitirlos a la cláusula general, toda comparación se reprime.

Nótese, además, que en este caso concre-

to lo que determina la calificación de denigratoria la comparación implícita en el carácter excluyente, es el uso de la expresión "el único" referida a "cualidades esenciales del producto". Pero precisamente eso es lo que hace posible una verificación. Con lo que es necesario concluir que puesto que se declara ilícita, el juicio se hace con absoluta independencia del grado de su veracidad (98).

El mismo criterio se aplicó en otro fallo del Jurado (99) relativo a un caso muy similar al anterior y en que se enjuicia la publicidad que realizaba quien con su denuncia había promovido aquel procedimiento. Los anuncios argumentaban: "único en aroma, delicioso sabor", "ningún café tiene tantas ventajas como X", "sólo X tiene delicioso aroma de café recién tostado", "se utilizan sólo los mejores cafés del mundo". Respecto del término "único" se considera que en este caso tiene un simple matiz, superlativo que no coloca en plano de excelencia sobre los demás productos de la competencia. Acaso, por comparación con el supuesto anterior, pudiera pensarse que es el empleo del artículo determinado en última instancia la que da el matiz excluyente a la expresión superlativa, pero creo que, sin perjuicio del valor que pueda tener el artículo, es algo distinto lo que

provoca la maización. Siendo en realidad lo único importante la deducción del público de las expresiones. En muchos casos el empleo del artículo determinado entraña significación de indiscutible superioridad, pero será el contexto el que en cada caso haya de ser examinado. Por lo mismo, el fallo que se orienta estima que se dan las circunstancias calificadoras de excluyente en las expresiones "solo X ..." y "ningún café ...". Y, en consecuencia, por su sentido comparativo denigratorio se califican de ilícitas como desleales.

Creo que es ciertamente de lamentar que en estos los primeros casos que el Jurado ha tenido ocasión de conocer, no haya profundizado en las circunstancias de todo orden que influyen en la valoración de las argumentaciones publicitarias. Siendo de destacar que en ambos, los denunciados realizaron en el procedimiento una serie de alegaciones en su descargo basadas en que las expresiones utilizadas resumían unas circunstancias objetivas exactas.

Claro es que éstas se conectan a condiciones de aroma y sabor que sustancialmente se aproximan a las opiniones o juicios estéticos, que no son susceptibles de verificación. Decir de un café que tiene el mejor aroma o sabor es idéntico a predicar de unas flores que son las mas

bonitas. Por esa razón, con independencia del fondo de ambos fallos, lo que me parece lamentable es que no se haya acogido el criterio de la veracidad, aduciendo la imposibilidad de verificación, y consiguientemente llegando a la misma conclusión, de fondo. Pero por la buena razón de que siendo imposible un juicio de verdad, la comparación debe prohibirse.

En este orden, no me parece inconveniente recordar la sentencia que con fecha 20 de marzo de 1968 dictó el Tribunal de Defensa de la Competencia en expediente instruido por denuncia de Urruzola, S.A. contra Temperol, S. A. Lo creo útil por referirse a un hecho que se reducía, en síntesis, a la publicidad que la denunciada realizaba expresando que por virtud de una patente que disfrutaba era la única que podía ofrecer un tipo de pintura y utilizar en España una concreta técnica de pintado.

Como se advierte, el supuesto es muy interesante. Porque claramente toca aspectos de los efectos que se producen en el público y sobre la situación excluyente en que Temperol, S.A. se colocaba.

Respecto a lo primero, el Tribunal aplica el criterio de interpretación del mensaje por lo que el públi



co entiende. Lo que le lleva a concluir que se presenta Temperol, S. A. en situación excluyente. Obviamente, el Tribunal tiene que referirse también a las circunstancias objetivas que determinan su competencia y la aplicación de la ley de 1963. Pero esas no pueden interesarnos aquí. Tampoco puede olvidarse que en dicha ley sólo existe una referencia genérica a la deslealtad como práctica que debe prohibirse, en el apartado d) del artículo 3º, pero sin que se tipifiquen de ningún modo, cualquiera de los supuestos que la constituyen. Hecha esta salvedad, resulta mucho más ilustrativa la ratio que decidió al Tribunal a declarar prohibida la práctica de Temperol, S.A., que fué la de considerar que con ella se había "provocado una inquietante confusión sobre el objeto de la patente". O, lo que es lo mismo, que se había faltado a la verdad, puesto que la patente amparaba un procedimiento determinado y concreto de pintado por electroforesis y no el procedimiento o sistema de electroforesis en general, como seguramente se desprendía de su publicidad e información a clientes.

Ese es, en mi opinión, el acertado criterio que debe presidir en todo caso el juicio para la calificación de un acto publicitario cuando encierre una compara -

ción.

Del análisis de la jurisprudencia del Jurado creo que se destacan dos consecuencias importantes de tipo general. Con independencia de la inseguridad o vacilación que concretamente puede advertirse.

Una es la de la carencia todavía de una de limitación segura de los diferentes supuestos de la deslealtad. Que sólo puede lograrse a través de una mayor profundidad en relación con los casos y modalidades publicitarias.

La falta de tipificación es tanto más de lamentar cuanto precisamente la instauración del Jurado encuentra su mejor -y acaso único- fundamento en la agilidad y flexibilidad de que es susceptible el procedimiento ante él, que, suelto de rigores formalistas, permite un análisis del supuesto desde todas las perspectivas pero siempre a la luz de la ratio que inspira la total disciplina jurídica de la publicidad. Llenando de este modo de vida las cláusulas generales que en ella se contienen, e interpretando todas desde la trascendencia social que realmente se reconoce al fenómeno.

La otra consecuencia es la de que, por lo que se refiere al supuesto del descrédito, el Jurado ha ini-

ciado su orientación por los caminos que han recorrido los intérpretes de los sistemas alemán e italiano, desdeñando los que están abiertos por sistemas más progresivos, que son por lo demás, paradigma actualmente hacia el que se vuelven aquellos -al menos en sectores muy caracterizados- e incluso al que se recomienda que se remita la aproximación de los sistemas internos en los países miembros de la CEE.

Pero, sobre todo, creo que al orientarse como lo hace el Jurado se vuelve de espaldas al sistema establecido por nuestro Estatuto. Que no se ha limitado venturosamente a traducir conceptos y principios de la competencia desleal, sino que establece un régimen jurídico total de la publicidad en el que se alberga la defensa contra la deslealtad, pero que rebasando ese límite, se inspira -como conjunto unitario en la tutela y protección de los consumidores frente a una avasalladora publicidad que, incidiendo en múltiples sectores prevaientes sobre el particular de algunos de los miembros de la comunidad, pone en peligro incluso el marco mismo de la competencia como mecanismo de la organización económica.

En un sistema como el nuestro en que la

publicidad falaz no es un simple supuesto de deslealtad en la competencia, y en que la disciplina de ésta se fundamenta en la tutela del interés de los consumidores, no es fácil explicarse como pueden acogerse categorías como las de publicidad comparativa y excluyente o cómo se puede dejar de ser severo al enfrentar la publicidad superlativa, sin hacerlas antes pasar por el test de la veracidad. Y puesto que una publicidad verídica, aunque sea comparativa, rinde un efectivo servicio a los consumidores, esa debe ser la piedra angular para calificar la denigración o el descrédito en cualquier comparación que no sea despectiva formalmente y que sea susceptible de un juicio, de verdad. Evitándose la paradoja y la contradicción con el sistema legal de que llegue a reprimirse una publicidad verídica con sacrificio del general interés al particular de los competidores, y, en cambio, se tolere una publicidad falaz porque se estime mera exageración incapaz de desviar la clientela.

Importa mucho que el Jurado se percate de su importantísima función y que se esfuerce en aislar y delimitar con claridad el supuesto del descrédito dentro de las coordenadas que vienen imperativamente impuestas por el sistema de los principios, especialmente por el artículo 8º y por el

primer párrafo del artículo 10, que contiene el mandato al Jurado de cómo debe interpretarse y aplicarse o cuál es el espíritu y la ratio que preside la configuración de aquél supuesto de deslealtad.

C) El último inciso del artículo 10 del Estatuto considera desleal la publicidad "que sea contraria a las normas de la corrección y buenos usos mercantiles".

Esta cláusula general encierra la ventaja, propia a todas las de su naturaleza, de resumir, sin los peligros de un casuismo siempre insuficiente, una norma reguladora de la actividad publicitaria mediante la imposición de un paradigma al que deben ajustarse las prácticas de los competidores en su lucha por el mercado. Ha podido sostenerse que, en realidad, los supuestos de confundibilidad y de descrédito no son más que expresiones de esta cláusula general.

Formulada como sujeción a la corrección profesional o a los usos honestos del comercio o a los buenos usos, se encuentra de hecho recogida en todos los sistemas positivos.

Examinado el standard que el precepto impone, resulta obligado señalar que naturalmente no está cong

tituido por cualquier uso comercial, ni siquiera por los adecuados a la lucha en el mercado por la conquista de la clientela, sino que los usos a los que deben ajustarse las prácticas son en concreto aquéllos del anunciante honorable, o que se estiman como determinantes de la corrección en la competencia a través de la publicidad.

El matiz es importante porque gracias a él la corrección o incorrección habrá de valorarse en razón de la naturaleza publicitaria del acto que, como es sabido, determine una disciplina jurídica fundamentada en la tutela de los consumidores. A la hora de rellenar el contenido indeterminado de la norma, habrá de partirse de esta matización. Y no puede olvidarse que es en este punto donde residen los posibles inconvenientes de toda norma "en blanco", que exigen una cuidadosa ponderación que impida tanto su inaplicación por inercia como una aplicación indiscriminada que atente a la misma finalidad de la norma y a la seguridad jurídica.

Si de la publicidad se tiene un concepto estricto que no recoja las manifestaciones de lo que hemos denominado publicidad promoción, se hace difícil plantear en hipótesis casos de deslealtad publicitaria que no se reconduz-

can a los supuestos de confundibilidad y denigración. Máxime si la publicidad engañosa tiene su propio y específico cauce de represión. No se puede dejar de citar que ASCARELLI sostiene terminantemente que la cláusula general del nº 3 del art. 25º del código civil no contempla actos de publicidad sino aquellos que justamente se producen en forma no publicitaria (100).

Realmente pienso que en esta cuestión es necesario tener presente desde el principio que la disciplina jurídica establecida por el Estatuto mira al doble frente de la publicidad en estricto sentido: como fenómeno social, y como actividad de los sujetos que intervienen en su instrumentación. De esta suerte, y por lo que se refiere a la competencia desleal, desde el primer punto de vista, los casos de publicidad información se reconducen ciertamente a los supuestos de confusión y descrédito y solo muy raramente podrán remitirse a la cláusula general, cuya función especial se jugará en los casos de la publicidad promoción. Así como fundamentalmente en relación a la actividad instrumentadora de la publicidad para el anunciante.

El Profesor GARRIGUES se ocupa de supuestos de lo que he llamado de publicidad promocional al tratar de la cláusula general del artículo 10 del Estatuto. A la que también reconduce los supuestos de la publicidad engañosa (101).

En este punto, no está de más señalar que, en su estudio sobre Derecho comparado para la represión

de la competencia desleal en los Estados miembros de la CEE, ULMER dedica un especial capítulo a lo que denomina "métodos publicitarios inoportunos o desagradables" y que no son sino los que aquí denomino de publicidad promoción (102). Y al plantearse RIPERT la problemática de la competencia contraria a los usos profesionales, después de destacar las dificultades para determinar el concepto, se refiere a supuestos tales como la venta sistemática a bajo precio, los anuncios de rebajas por liquidación, la venta en bola de nieve y el envío gratuito a los clientes de primas en especie o por medio de cupones (103).

Fuera, pues, de los supuestos de confundibilidad y descrédito es todavía desleal aquel acto de finalidad publicitaria que contraría los buenos usos mercantiles o la corrección profesional, impidiendo que se conserve íntegramente el equilibrio concurrencial en un mercado limpio y transparente.

Se cierra con ello el sistema establecido por el Estatuto desde la perspectiva económica. En atención al interés de los consumidores, la publicidad debe ser verídica y ha de respetar el principio de la lealtad en la competencia, que sólo se consigue cuando el acto publicitario no provoca



en los destinatarios una atracción en la creencia de que la actividad o el producto o servicio del anunciante es de otro competidor, y cuando el acto no entraña un injustificado ataque al crédito del concurrente. Pero además, cuando se ajusta a unos buenos usos que contribuyen a mantener el equilibrio de la competencia, base de la actual organización económica.

Decidir cuales sean esos usos o cuál la conducta correcta de los anunciantes es tarea ardua, como se desprende no sólo de la genericidad de la cláusula sino por la escasa tradición que tienen en nuestro país una verdadera disciplina del mercado, desde criterios no administrativos e incluso desde ellos mismos. Me parece que ya lo advirtió así la Cámara de Comercio al redactar su Recopilación de usos, dejando expresamente al margen los relativos a la publicidad.

Pero dos cuestiones me parecen fundamentales. La primera que esa dificultad evidente no debe inhibir al Jurado de la Publicidad, sino al contrario, estimularle, para intentar una progresiva y fecunda determinación del contenido de la cláusula general. En segundo término, creo, sin embargo, que su esmero y cuidado deben ser extremados

al máximo. Para evitar que aquélla determinación atente a la ratio inspiradora de la general disciplina jurídica que regula la publicidad . Y para evitar, por consecuencia, que la cláusula general se convierta en cajón de sastre al que se remitan los supuestos que no pueden recogerse en la confusión ni descrédito (104).

Con ello vuelve a plantearse la necesidad de que el Jurado se proponga aislar y delimitar muy precisamente cada uno de los principios del Estatuto desde su peculiar finalidad y en ordenación según su jerarquía en función de la general. Y dentro del principio de competencia, deben aislarse con claridad meridiana los supuestos expresamente contemplados en la ley.

Que es tarea cuya dificultad no puede ocultarse, pero que evidencia la importancia de la función. Porque sólo por el camino indicado se conseguirá, en mi opinión, impedir tanto que el principio de veracidad se ponga al servicio de la competencia como que ésta se desentienda de su consideración de medio para que los consumidores logren sus propios fines.

Por eso, en definitiva, también los supuestos de publicidad promoción han de regularse desde el principio

de veracidad, como ya se dijo. Y no sólo por razón de su contrariedad a los buenos usos. Pero también, por eso, estos pueden convertirse en freno poderoso a los actos publicitarios -de cualquier estructura- que contribuyan a oscurecer el mercado. Y creo que lo que se denomina "charlatanería", que es exageración o griterío de mercado puede, a través de una jurisprudencia progresiva, refrenarse positivamente.

Por las mismas razones señaladas, no creo que la cláusula general pueda ensanchar inadecuadamente los límites de la confusión y del descrédito. Estos son supuestos perfectamente tipificados en la ley que no pueden ni deben desfigurarse a través de una aplicación indiscriminada de aquella cláusula. Cuya interpretación a contrario tampoco puede servir de fundamento para una laxitud en la valoración de la veracidad. A partir del Estatuto, por virtud de su artículo 8º, no puede invocarse uso alguno por el que se justifique la falsedad,

Creo sinceramente que la cláusula general de la deslealtad debe jugar su principal papel en relación a los supuestos de publicidad promocional, en todas sus posibles variedades (105). Sobre todo en tanto no lleguen normas es

pecíficamente referidas a ellas. Y en esta cuestión pienso que no estaría desacertada una tarea jurisprudencial que, al amparo de la corrección profesional, fuera aproximando la disciplina a la ya vigente en los países de la CEE, y singularmente en Alemania cuyo sistema parece ya construido y sobre bases bastante sólidas.

Desde otro punto de vista, pero siempre dentro de la fianlidad general de la disciplina jurídica de la publicidad, la referencia a los buenos usos no puede desligarse como se ha apuntado, del ámbito en que son tales. Que no es sino el estrictamente publicitario. Sin que quepa, a mi juicio, extenderlos más allá como sería el caso de que a la cláusula se remitieran los supuestos en que se actuara con infracción de normas legales, aunque se refieran a la ordenación de la actuación en el mercado. Una infracción de las normas administrativas o fiscales no es materia susceptible de ser valorada por los criterios de la deslealtad. Menos si la infracción es de norma de naturaleza penal.

Y esto vale especialmente con referencia al segundo de los puntos de vista indicados más arriba. Esto es, por lo que respecta a la lealtad en la competencia en la actividad instrumentadora de la publicidad para el anun -

ciante.

La competencia entre agencias, agentes y medios debe someterse desde luego a los principios de lealtad que exigen la observancia de una corrección profesional y de los buenos usos. Para cuya determinación será material inapreciable cuantos códigos deontológicos esos entes elaboren y aprueben. Pero a condición, como es obvio, de que se mantengan en los límites de su específica posible eficacia y de que se hagan eficaces dentro del sistema general imperante en nuestro Ordenamiento.

En relación con este punto, no me parece ocioso advertir de la diferencia que existe entre los usos a que se refiere el artículo 10 del Estatuto y los usos que surgen vinculados a la contratación.

Me parece que entre ellos no cabe confusión. Para que pueda aplicarse la regla contenida en el artículo 10 es necesario que se den las condiciones que determinan la aplicabilidad de la disciplina de la competencia. Por lo tanto, no la infracción de cualquier uso en materia de publicidad desencadena el mecanismo represivo del artículo 10, sino sólo cuando se haya contrariado lo que es usual o correcto para atraer clientela a través de la publi-

cidad, o por quien se dedica a instrumentarla frente a sus competidores.

Es por lo que no puedo estar de acuerdo con el fallo del Jurado (106) que se expone a continuación. Se trataba de una denuncia promovida por quien fué parte como anunciante en un contrato de inserción publicitaria en un número extraordinario de una revista. Al que se exigió el pago por anticipado sin que llegara a publicarse luego. No puedo dejar de transcribir el Considerando en que el Jurado fundamenta su resolución sancionadora; "Que el artículo 10 del Estatuto en su párrafo final sanciona aquellas actividades publicitarias generalmente contrarias a las normas de la corrección y los buenos usos mercantiles y que es evidentemente contrario a tales normas y usos, contratar anuncios para un número especial de una revista que no llega a ver la luz obteniendo, sin embargo, por anticipado el pago del precio".

Con ello me parece que se rebaja la disciplina jurídica de la publicidad a la categoría de un Reglamento disciplinario. Que seguramente será en extremo necesario -razón sin duda por la que se dicta el fallo- pero que es algo esencialmente diverso a lo perseguido por la Ley.

En mi opinión, esta materia de los "principios generales" que el Estatuto consagra no está dictada en atención a los intereses de las clases profesionales, aunque a ellas les afecte y especialmente lo relativo a la competencia. Se incardina la normativa en la general del Ordenamiento, y exige una interpretación coherente y sistemática no sólo de las normas especiales entre sí sino en relación con las demás positivas con las que guardan conexión. Concretamente, que se discipline la lealtad en la competencia a través de la publicidad y entre los sujetos que en ella intervienen no quiere decir en modo alguno que las reglas no se engranen en la general disciplina de la competencia desleal. Cuya primera premisa es que pueda hablarse de competencia.

Naturalmente que la contratación publicitaria queda sometida a las reglas de la lealtad. En cuanto que es la traducción jurídica de la actividad instrumentadora de los sujetos, de su actividad "para el mercado". Pero no en cuanto tal contratación. Los buenos usos a que se refiere el artículo 10 del Estatuto no son los que presiden la perfección y ejecución del contrato, como relación inter partes, sino los que deben presidir la actuación de los "sujetos"

-agencias, agentes y medios- frente a otros "sujetos" -agencias, agentes y medios- para la conquista de quien haya de ser parte de su contratación, esto es, de su clientela.

La cuestión me parece de enorme trascendencia porque ~~sentándose~~ en el fallo que se comenta, la certera doctrina de que al Jurado corresponde dilucidar la observancia de los "principios" en la actividad que despliegan los "sujetos", su aplicación posterior descubre que aquella puede tener unas consecuencias que no me parecen aceptables. Porque supone la intervención del Jurado en la esfera de perfección, y cumplimiento de los contratos publicitarios, como relación entre partes. Lo que llevado a sus consecuencias lógicas significa que el "principio de veracidad" puede desarrollarse como en evitación del dolo contractual, el principio de legalidad puede comportar la intervención del Jurado en cuestiones sobre nulidad de cláusulas y aún del contrato mismo, etc. etc. Cosa que el Estatuto ni puede pretender ni pretende de hecho. Puesto que ni al Jurado en principio corresponde más aplicación del Derecho que la ya muy importante de las normas de disciplina de la publicidad, ni cuando la ley le dá intervención en las cuestiones entre partes en un contrato, lo hace con mayor al-



cance que el del mero arbitraje, y dentro desde luego de lo contractuado (cfr. arts. 30 y 66 EP).

Paradójicamente esta es la doctrina que también se recoge en un Considerando del propio fallo, que se vé, sin embargo, contradicha, más abajo y con el valor de ratio decidendi para el conocimiento y sanción por la vía de la infracción de los "principios".

Pienso, en fin, con la mayoría de la doctrina, que es positiva la introducción en nuestro Derecho de la clausula general contenida en el inciso final del artículo 10 del Estatuto, Pero no me parece impertinente repetir la necesidad de un exquisito cuidado en la determinación casuística de su contenido. Que, a mi juicio, no puede atentar ni a la general eficacia de la disciplina jurídica de la publicidad sistemáticamente interpretada, ni puede servir para atraer a la disciplina de la competencia desleal supuestos ajenos objetivamente a la misma, ni debe tampoco representar un cauce para la consagración de prácticas -a las que se reconozca valor usual- que atenten a los fines de la competencia misma que debe mantenerse en libertad y sin restricciones.

Punto este último sobre el que habrá de

- 641 -

volverse al tratar en el próximo Capítulo -al que me remito-  
de los sistemas o regímenes de autocontrol o autoregulación.

NOTAS AL CAPITULO VII

1) Entre nosotros, J. GARRIGUES: "La publicidad y..." cit. pág. 17; C. FERNANDEZ NOVOA op. cit. pág. 31 y siguientes; P. CABANILLAS, op. cit. pág. 39, y también incluido el propio J.M. MARTIN OVIEDO (op. cit. pág. 18) que sin embargo no extrae de tal fundamento todas sus consecuencias. En Alemania no se discute, sobre todo desde 1.965, como tampoco en Suiza. En Francia, la represión es penal, como ocurre en Inglaterra desde la Trade Descriptions Act. 1.968. En los Estados Unidos, la FTC actúa en base a la defensa de un interés público. Prácticamente en los demás países de la CEE tampoco se discute, a excepción de Italia, donde, tras de carecer de una formulación autónoma del principio, la doctrina sigue la vieja tradición de fundamentar la disciplina de la competencia desleal en el interés de los competidores. No faltan los autores italianos que aboguen por el abandono y por hacer más rigurosa, como inspirada en intereses colectivos, la exigencia de la veracidad. Singularmente A. VANZETTI: "La represione..." cit. y G. GHIDINI - "en todas sus obras sobre la materia".

2) No importa ni las circunstancias subjetivas de quien - comete el acto falaz ni el que se encuentre o no en situación objetiva de concurrencia.

3) Es de notar que el proyecto de ley presentado al Parlamento francés ha sufrido en este orden importantes modificaciones. La exigencia de la mala fé no figuraba en el pro

yecto, lo que implica la importante consecuencia de impedir que continúe en este punto la jurisprudencia que en materia de fraudes venía reconociendo de hecho la presunción de mala fe del fabricante. En el proyecto se pretendían reprimir las alegaciones falsas o susceptibles de inducir a error, el término "susceptibles" ha desaparecido en la ley. Que en cambio ha añadido que las alegaciones han de ser "precisas". En todo caso han de referirse a alguno o varios de los elementos que en la ley enumeran. No obstante ha que decir que la ley ha sido bastante ridiculizada en los ámbitos publicitarios franceses.

4) Singularmente por lo que se refiere a la publicidad comparativa.

5) SAMUELSON, op. cit. pág. 143.

6) J. GARRIGUES: "La publicidad y sus fundamentos..." cit. pág. 17.

7) Este es el sentido que se reconoce en Alemania que es, entre los países de derecho continental, el que cuenta con mayor tradición y con una mejor elaboración doctrinal en estas materias, y, cuyo sistema es en la actualidad el más próximo al nuestro. El mismo sentido se aprecia que le da C. FERNANDEZ NOVOA (op. cit. pág. 31). Es también el criterio del Jurado en su fallo de 10 de marzo de 1.969: Doña Clemencia S. contra Colgate Palmolive S.A.. Tratándose de una publicidad de premio a coleccionistas de cromos que se resolvió en desacuerdo con las bases publicitarias, el Ju-

rado sentó su fallo estimatorio de la ilicitud en que se habían "suscitado unas expectativas y una confianza (en los consumidores) que más tarde se han visto defraudadas". Claro es que además a la denunciante le podría quedar reservada la acción en justicia ante los Tribunales.

8) Sobre esta importante cuestión del volumen de información el Informe Británico en "La publicidad como ..." cit. pág. 191 y siguientes.

9) Informe británico, op. cit. pág. 266 y siguientes.

10) Por todos E. ULMER, "La répression de la concurrence - délayale dans les Etats membres de la Communauté Economique Européenne". T. I. pág. 133. C. FERNANDEZ NOVOA (op. cit.

30) sostiene el paralelismo de nuestro artículo 8º con el párrafo 3 de la UWG alemana. Igual ocurre en Bélgica y Luxemburgo.

11) El Artículo 3º del Título I de aquella recopilación privada de usos disponía: "La pubblicità deve essere conforme a verità ed evitare di deformare i fatti o di ingannare il consumatore con allusioni equivocabili od omissioni. E così essa non deve indurre il consumatore in errori con indicazioni non esatte intorno a=..."

12) Se introdujo la distinción al amparo de la referencia que el párrafo 1º de la UWG de 1.896 hacía a las "alegaciones de carácter fáctico" que ha desaparecido en la nueva ley de 1.909 y que permite entonces superar aquélla, mediante la aplicación del criterio de la verificación o compra-

babilidad. que ha permitido declarar ilícita la expresión "la más apreciada revista" (L.G. Stuttgart 26-2-53) o. lícita, por el contrario, "no pida Vd. un aguardiente, pida Schlichte que es el preferido de todos" (T. Reich en 1.928) porque se pudo comprobar que en efecto tenía más ventas en el mercado (H.D. Bock: "Die Grenzen der Superlativreklame". Köln. 1.963. pag. 19 y siguientes). Por el contrario, la doctrina y jurisprudencia italianas sólo reserimer como ~~que~~ la falsedad de un "dato específico". Y para eso, con una tan notable laxitud que en ocasiones datos específicos falsos no han determinado la calificación de falsedad del anuncio. Es ejemplar a estos efectos la Sentencia en Casación de 17 de abril de 1.962 que destaca VANZETTI ("La represione..." cit.). Se trataba de certificado que acompañaba a unos dulces para "atestiguar la pureza y carácter genuino de las primeras materias empleadas y hacer constar - su composición". La hoja se dividía en dos columnas, la primera para la "composición analítica" (Flor de harina, mantequilla de vaca, etc.), en la otra en tanto por ciento el "análisis de control" firmado por el analista de turno. Los datos eran falsos, No se declaró sin embargo en la sentencia la ilicitud. No hay que decir que contra la artificial diferenciación entre datos y juicios, es VANZETTI, acaso - con GRIDINI, el primero en alzarse. Aunque el propio ROTONDI, tan apegado a viejas concepciones, tampoco era dejado

de levantar su voz (M. RCTONDI en Riv. dir. com. 1.956).

13) F. CABANILLAS, op. cit. pág. 40. Seguramente en el autor pesaron razones aducidas por la doctrina francesa en relación con la ley de 1.963, e incluso la enmienda -- sobre la mala fe que se introdujo por el legislativo al -- proyecto. Pero hay que tener en cuenta que en Francia se ha introducido una represión penal de la publicidad engañosa, que no tiene nada que ver con nuestro sistema, que en cambio, con esas injustificadas interpretaciones puede llegar a ser en absoluto ineficaz. En primer lugar porque no es nada fácil determinar el grado de consciencia del autor, y en segundo término porque con ello se abre brecha indiscutiblemente a la interpretación que le da MARTIN -- OVIEDO para admitir el juego del dolus bonus (J.M. MARTIN OVIEDO, op.. cit. pág. 18, nota 29).

14) Vease C. FERNANDEZ NOVOA, loc. cit.

15) Capítulo anterior.

16) También VANZETTI (op. cit. ) es quien destaca terminantemente este aspecto fundamental de la sugestividad publicitaria como elemento fundamental para hacer más rigurosa la aplicación de la disciplina. Sigue en la apreciación -- GHIDINI.

17) Como figura VANZETTI la cuestión se plantea en un orden distinto al de la composición contractual de los intereses. También ASCARELLI --aunque no específicamente con referencia a esta cuestión pero sí con igual fundamento-- ha señalado que los actos de competencia pueden ser fruto de un contra

to o dar lugar a un contrato, pero que será entonces distinto al tratamiento jurídico que merezcan en cuanto tales actos de competencia y como integrantes de la relación negocial. (T. ASCARELLI: "Teoría ..." cit. pág. 25).

Sin embargo, he de reconocer que no me convencen absolutamente los argumentos esgrimidos por VANZETTI aunque manifieste mi acuerdo con su conclusión. No creo, - ni que el acto de publicidad se coloque por definición al margen de los tratos preliminares de la contratación ni -- que no hubiera remedios para determinar la malicia de aquél con quien el contrato se concluyó (vease Capítulo V de esta tesis). El mismo autor reconoce que las normas sobre vicios del consentimiento podrían aplicarse si se situara el mensaje en el campo de las ofertas contractuales. Más bien, pienso que se desborda el ámbito contractual con carácter general -y es lo que justifica el rigor de la disciplina- porque, por su naturaleza, el acto publicitario actúa a través de los mecanismos psicológicos que estimulan o despiertan los móviles o motivos subjetivos que precisamente quedan fuera de una valoración jurídica desde la perspectiva del régimen de las obligaciones y contratos, Móviles que además, a más o menos largo plazo, se acaban despertando en todos los destinatarios independientemente de su grado de agudeza. Es por lo que en definitiva se trata de dos órdenes diferentes aunque no, desde luego, incompatibles.

18) J. M. MARTIN OVIEDO, op.. cit. pág. 18.



19) C. FERNANDEZ NOVOA, op. cit. pág. 31.

20) De que "sólo el que se sienta defraudado por una información publicitaria que haya faltado a la verdad podrá reclamar" que el anunciante pruebe que no faltó a la verdad. (F. CABANILLAS, op. cit. pág. 41) me parece que se desprende que CABANILLAS hace jugar la veracidad en el marco contractual y precisamente entre partes. Lo cuál no creo que se compadece con su punto de partida de que el principio protege a los consumidores ni con su expresa repulsa a la admisión del dolus bonus.

21) Todos los supuestos tienden a crear la impresión en el consumidor de que se trata de una oferta ventajosa. Cuando el Profesor GARRIGUES alude a la publicidad por sorteos y mediante regalos, en ambos casos fundamente su repulsa en el "enmascaramiento" que representan de las reales condiciones del contrato (J. GARRIGUES: "La publicidad y sus ..." pág. 19 y siguientes). En Italia -prescindiendo de las regulaciones específicas- se encuentra la misma justificación; Por todos, M. ROTONDI: "Studi di diritto industriale". Cedam. Padova. 1.957 pág. 509 y siguientes). En Francia --- -también regulados los supuestos- algunos sistemas se reprimen penalmente por el cauce de la estafa puesto que -el comprador- en la venta en bola de nieve- no hubiera comprado el objeto en condiciones normales (ESCARRA, op. cit. pág. 65 y siguientes.). En Alemania, donde la regulación es amplia y detallada, se reconoce el mismo fundamento de constituir

supuestos de engaño. Por todos, BUSSMAN-DROSTE op. cit. .

El criterio lo ha seguido el Jurado en su fallo Doña Clemencia S. contra Colgate Palmolive, S.A. citado en pág. 7.

22) Es lo que se ha llamado "publicidad sugestiva" de la que particularmente se ocupa GHIDINI, y a la que ya me he referido.

23) El mismo GHIDINI reconoce la posibilidad de establecer un juicio de verdad sobre algunos supuestos de la llamada "publicidad sugestiva", y pone el ejemplo de un anuncio - que "signifique" el prestigio y el triunfo social por el uso de un producto que sea de muy deficiente calidad (G. GHIDINI: "Introduzione..." cit. pág. 114). Pero será posible, claro está, siempre que el juicio se establezca por el criterio de la comprobabilidad o verificación y no por el criterio de contraste de los datos específicos.

24) A ello se refiere BURMAN ("Das Recht der Wertreklame". Berlín 1.965, pág. 325 y siguientes.) al plantearse la licitud de los regalos desde la óptica del "conflicto psicológico" para el consumidor.

25) ULMER (op. cit. pág. 249) propone que la redacción - de las cláusulas relativas a la represión de la publicidad falaz, comprenda los "juicios de valor" que puedan contrastarse o verificarse sin limitarse a las indicaciones sobre hechos.

26) En el fondo, es el planteamiento que permite dar en-

trada el *dolus bonus* en el ámbito publicitario.

27) Es la doctrina sustentada por la Jurisprudencia italiana, con el apoyo o la aquiescencia de autores tan relevantes como GHIRON y TORONDI, por no citar a la mayoría. Advertiéndose una reacción en contra, no solo, como es obvio por parte de VANZETTI y GHIDINI, sino incluso del propio FRANCESCHELLI. En esta dirección se orienta también FUSI y no deja de resultar curioso que los mismos interesados en el negocio publicitario, al plasmar su criterio en el Código de la lealtad publicitaria de 1.966, en el que, como afirma SORDELLI, en relación a los consumidores, la prohibición del engaño y el deber de veracidad se "ejemplifica" en "la prohibición de afirmaciones no demostrables, cautela en el uso - de términos científicos o datos estadísticos, obligación de autenticidad de los testimonios, corrección en las indicaciones de precios, demostrabilidad de la garantía". (L. SORDELLI. "Problemi..." cit. pág. 245).

28) BUSSMAN-DROSTE (op. cit.) reconocen expresamente que se trata de que no se engañe al destinatario menos avisado, - dentro del concreto círculo al que se haya dirigido el mensaje. Basta, desde luego, en Alemania, con que "una pequeña fracción no despreciable del público sea engañado" (ULMER: op. cit. pág. 132).

29) No solo los juicios meramente estéticos (a "las flores más bonitas del mundo" se refiere BOCK) quedan fuera de -- una posible verificación, sino que alguno que no tenga ese carácter también pueda marginarse de la misma, teniendo en

cuenta las circunstancias concretas del caso que convertirán el mensaje mera charlatanería. Pero ha de notarse que si estos no se consideran ilícitos, no es por que se supongan no idóneos a provocar el engaño, sino porque no constituyen materialmente el presupuesto susceptible de un juicio de ver~~dad~~dad o falsedad. Este inamovible criterio jurisprudencial y doctrinal -incluso con voces que exigirían mayor rigor como las de BUSSMAN-DROSTE- ha permitido, en efecto, una coherencia admirable en las construcciones relativas a la publicidad superlativa y de ~~aislamiento~~aislamiento o excelencia, que -en contra de la dirección Italiana- no se distinguen como categorías específicas frente a la publicidad falaz, sino que se someten al contraste de la veracidad para que pueda apreciarse su licitud. Y queda como residuo la publicidad alborotadora exagerada o de "feria ambulante" que realmente lo es.

30) La primera vía supone el recurso a lo que se ha llamado "prueba pericial demoscópica" que introducida en los Estados Unidos, cuenta con partidarios en el Continente Europeo, tan calificados en estas cuestiones como BOCK en su muy citada obra y JOETZE ("Die sogenannt..." cit.), que preferirían -que el rigor de la jurisprudencia alemana se atemperara a la averiguación de lo que el público deduce realmente del anuncio.

31) Creo que de la desconfianza en esta posibilidad surge -la repulsa de GUIDINI -y con razón- hacia el sistema. No me parece sin embargo que los avances logrados en las técnicas en cuestión no permitieran contar con suficientes índices de fiabilidad.

32) Con ello creo que se elimina también el riesgo que percibe GmIDINI de que al socaire del sistema se relajen las valoraciones.

33) C. FERNANDEZ NOVOA op.. cit. pág. 24 y siguientes. El Jurado en fallo de 10 de marzo de 1.969, Sindicato de Frutos - contra Orange Crusch y otros ha sentado el criterio de que las representaciones de frutas en botellas de zumos deben ajustarse a la exactitud de que sean de zumo. Pero no creo que del fallo pueda deducirse que el criterio es de interpretación del mensaje puesto que, en mi opinión de modo discutible, el fallo se fundamenta en las disposiciones del Código alimentario sobre el particular.

34) Agencia Oro contra Laboratorios Orive S.A. (3 de febrero de 1.967).

35) Como resolvió en caso Agencia Oro contra Industrias Federico Bonet. S.A. en 5 de septiembre de 1.966. Y, con alguna vacilación en él considerando decisorio pero plenamente según los RESULTANDOS, en el fallo de 16 de junio de 1.967 Marthe Central de Publicidad y otros contra Laboratorios Profiden.

36) Lo reconoce expresamente CABANILLAS (op. cit. pág. 41) aunque a mi juicio en términos que no puedo compartir como ya quedó señalado oportunamente. El anunciante debe probar la veracidad -lo que equivale al suministro de los datos - para la verificación- para que pueda continuar realizando el acto que se reputa falso. No porque alguien en concreto

haya sentido defraudado su móvil subjetivo por el resultado del contrato. Esto es cuestión muy diversa, y que así planteado tampoco seguramente podría reconducirse al ámbito de los vicios del consentimiento.

37) Particularmente BOCK y JOETZE.

38) Se fundamenta en ello la doctrina tradicional, singularmente la italiana, prácticamente sin excepciones.

39) Indirectamente, el Profesor GARRIGUES ("La publicidad y sus..." pág. 13). De modo expreso, el Profesor FERNANDEZ - NGVOA ( op. cit. pág. 20). También J.M. MARTIN OVIEDO (op. cit. pág. 20). Con menos claridad se advierte la misma orientación en F. CABANILLAS (op. cit. opag. 43 y siguientes.)

40) A los problemas de restricción en la competencia se refiere, sin duda, el fallo del Jurado Grupo Provincial de -- Publicidad contra Publicidad Garalva de 12 de diciembre de 1.968, aunque se vacile en la terminología.

41) Que a uno o varios anunciantes se les cerrara la oportunidad de contratar con algún medio o viceversa no sería problema de competencia en el estricto campo de la actividad publicitaria, sino que recaería en la disciplina general de la competencia.

42) Lo pone en evidencia el Profesor GARRIGUES en su "Defensa..." cit..

43) El orden económico se introduce positivamente en nuestro Derecho por la ley de prácticas restrictivas de 1.963.

44) T. ASCARELLI: "Teoría..." cit. pág. 221 y siguientes es

pecialmente. En contra muy directamente, ROMANELLI-GRIMALDI: "Il diritto tutelato nelle norme sulla repressione della concorrenza sleale". Studi in memoria di Lorenzo MOSSA.. Padova 1.961, vol II pág. 229 y siguientes. En ese sentido - ROTONDI: "Studi..." pág. 466 y siguientes. También BUSSMAN DROSTE, op. cit. pág. 140.

45) J. GARRIGUES: "La publicidad y sus..." pág. 13.

46) La concesión de ASCARELLI de que aunque su fin sea proteger el interés de los consumidores se instrumenta técnicamente a través de un derecho subjetivo de los concurrentes, no pasa de ser una mera concesión sin traducción posible en la práctica.

47) Se comprende que desde tales perspectivas no se dude en admitir el juego del dolus bonus en la publicidad. Puesto que es condición la potencialidad para desviar la clientela entre competidores, parece lógico que se tome cuentas hasta dónde puede llegar esa potencia. Reconociéndose también la neutralización recíproca de todas las falsedades publicitarias.

Pero igualmente se comprende cómo resulta imposible admitir las consecuencias a que llega el sistema italiano en el nuestro, afortunadamente inspirado en opuestas concepciones.

48) En particular referidas a los supuestos de la publicidad falaz. Se han citado con reiteración las posiciones de VANZETTI y GHIDINI fundamentalmente.

49) En contra vease G. GHIDINI: "Introduzione..." pág. 120 y siguientes y bibliografía allí citada.

50) La libertad de elección es el dogma de la organización de mercado, que no puede subsistir sin una disciplina de la competencia desleal. Y no deja de ser notable, en relación con lo que más arriba se ha sostenido en el texto, - que a ese libre juicio o libertad de elección se refiera - también expresamente el párrafo primero del artículo 10 - del Estatuto.

51) Por todos, vease ULMER: "La represión..." cit. pag. 237 Sobre la cuestión, D. FERNANDEZ NOVOA, op. cit. pág. 31 y siguientes y bibliografía allí citada. Bock (op. cit. pág. 16 y siguientes, sostiene que hoy se acepta generalmente que se protege al público.

52) Vease Capítulo siguiente de esta tesis.

53) C. FERNANDEZ NOVOA: op. cit. pág. 21 y siguientes. Singularmente denuncia por su parte la ausencia de una efectiva cláusula general en el artículo 131 de la Ley de 1902.

54) Entre nosotros, por todos J. GARRIGUES "Curso..." cit. T.I. pág. 216. En este sentido T. ASCARELLI: "Teoría..." - cit. pág. 207 y siguientes. Le sigue en la orientación L. SORDELLI: "La concurrencia..." pág. 78. Y puede afirmarse que es tesis dominante. En el mismo sentido ROTONDI "Sru - di..." cit. pág. 479.

55) Me parece sugestiva la aparición de ROMANELLI señalando que no se excluye la existencia del daño al consistir -



en el incumplimiento de la obligación impuesta por la norma que regula la competencia (ROMANELLI-GRIMALDI op.. cit.).

Me parece que también es algo que tiene presente ASCARELLI (Teoría... cit. pág. 184) pero menos firmemente y considerando, en su caso, daño el desvío de la clientela.

56) T. ASCARELLI: "toería..." cit. pág. 226.

57) T. ASCARELLI loc. cit.

58) Lo destaca expresamente L. SORDELLI: "Ideazioni..." cit. pág. 50, y al mismo criterio se observa en ULMER que para nada alude a la publicidad al tratar del riesgo de confusión (E. ULMER: "La represión..." cit. pág. 81 a 115).

Sobre la impropiedad de asimilar la publicidad y los signos G. GHIDINI: "Marchi espressivi..." cit.

59) Vease J. GARRIGUES. "La publicidad y sus..." pág. 13. y siguientes.ç

60) Sarrió, Compañía anónima de Papeles contra Papeles Fintados Infanta (3 de febrero de 1.967).

61) No creo que en toda esta materia pueda servirnos de mucha ayuda la doctrina y jurisprudencia italiana. Que, sin embargo, tengo la impresión de que es la que más directamente inspira ciertas construcciones. Los dos casos señalados en el texto se han escogido de intento porque suelen recogerse -o algunos parecidos- por aquella doctrina por ser frecuentemente motivo de decisión jurisprudencial. Incluso destacada en las revistas especializadas con notas de autorizados tratadistas. Pues bien, hay que tener en cuenta

que la publicidad falaz no es supuesto autónomo en Italia ni siguiera de deslealtad. Lo que junto a las consecuencias que se vieron en su momento, se une que no se diferencia adecuadamente entre los supuestos de falsedad y los de confusión, haciendo entrar en el número 1 del artículo 2.598 de su código civil, casos de publicidad evidentemente falaz, y admitiendo en cambio otros ejemplos de ésta por no darse las circunstancias objetivas de la situación de competencia. Así, por caso, se consideró desleal publicar un catálogo la máquina que es de otro fabricante (T. - apelación Milán, 1 de febrero de 1.952) mientras que se toleró que en el cartel de un taller mecánico se hiciera figurar la marca de un automóvil que inducía a creer que se trataba de un servicio oficial cuando no era así (Trib. apelación Nápoles, 29 de abril de 1.949).

62) Véase Capítulo III de esta tesis.

63) Creo que no cabe plantearse en relación con la publicidad la cuestión de si toda imitación servil es reprimible -postura, entre otros, de ROTONDI- o si sólo lo es cuando puede engendrar confusión - doctrina dominante seguida en Italia por la Jurisprudencia-. Considerada la publicidad como instrumento autónomo de competencia que normalmente se desarrolla en el tiempo y conforme a un plan, me parece que puede hablarse desde luego de servir imitación como normalmente se entiende en la doctrina, esto es la imitación sistemática y continua de realizaciones e ini

ciativas. Pero me parece término más amplio y expresivo el de plagio. Y no me cabe duda de que no encontrándose protegido el anunciante por un derecho a la utilización exclusiva de sus instrumentos publicitarios, sólo puede alcanzarle la tutela por el cauce de la confundibilidad.

64) J. GARRIGUES: "La publicidad y sus..." pág. 14).

65) Publicidad Clarín. S.A, contra Vinos COES (16 de junio de 1.967).

66) Caso Sarrió, Cía. A. de Papeles contra Papeles pintados Infanta, citado en nota 60) precedente.

67) Discotyp, S.L. Rank Xerox Ltd. (16 de junio de 1.967).

68) Vease, S. CERVELLERA. M. FUSI: "Rassengna di guiris-prudenza sulla pubblicità commerciale". Franco Angeli. Milano 1.957.

69) Citada en Rev. PUBLICIDAD, nº 1 abril-junio de 1.965, pág. 107.

70) Por todos, BUSSMAN-DROSTE, op. cit. pág. 165 y siguientes. Destacan el relieve de una imitación sistemática.

71) Caso American Washboard versus Saginaw Mtg. Co.(a.1900).

72) Lo reconoce así especialmente quienes formulan sus reservas a que la publicidad se enjuicie por el criterio de la confundibilidad. Vease nota 53) precedente.

73) Suele distinguirse de la "publicidad relacionada" la llamada "publicidad apoyada", que supone tomar como punto de partida de la "motivación" del público sus elaboraciones psicológicas a virtud de otros mensajes publicitarios

que precedieron al que ahora se apoya en ellos. Como ejemplo ilustrativo creo que puede servir uno que se dió de hecho, hace tiempo, en nuestro país. El Consejo de los Vinos de Montilla lanzó una campaña publicitaria bajo la idea: "La elección es bien sencilla, o Moriles o Montilla". En ella se "apoyaba" la publicidad de una de las marcas de los vinos de esa denominación de origen: "Sin ducar, O Moriles o Montilla de Alvear."

Sobre la cuestión vease por todos, BUSSMAN-DROSTE op. cit. pág. 50 y siguientes.

74) Las recoge BUSSMAN-DROSTE, op. cit. pág. 48. También el Profesor GARRIGUES se refiere a otras Ordenanzas semejantes, en su Conferencia citada ("La publicidad y sus...", pág. 9).

75) Vease, J. GARRIGUES, "La publicidad y sus..." cit. pág. 10.

76) A la autonomía de la publicidad como arma de competencia se refiere SOMBART en su conocida frase: "La publicidad es el intento de hacer predominar sobre una competencia de prestaciones una competencia de sugerencias". (cit. de CABANILLAS? op. cit. pág. 20). Para sacar consecuencias jurídicas, destaca el dato G. GHIDINI: "Introduzione..." cit.

77) A la lesión "injustificada" al interés de los competidores se refiere el Profesor GARRIGUES en su comentario a la Ley de 1,963, que utiliza la expresión en su artículo 2º. 1, dejando fuera de toda posible justificación la lesión a la

economía nacional (J. GARRIGUES, "La defensa..." cit.. (. En el mismo sentido, G. SENEN y otros en el "COMENTARIO A LA LEY ESPAÑOLA SOBRE REPRESION DE LAS PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA". S,E,P, Madrid 1.964 pág. 93.

78) Precisamente porque, en principio, no puede restringirse el recurso que a la ~~publicidad~~ hagan los anunciantes (vease en ese sentido la Sentencia de Apelación de Milán de 18 de octubre de 1.957, en asunto contra OMO, que en cuanto se refiere a que no es desleal "el lanzamiento de una marca a través de una campaña basada en un enorme y desproporcionado uso de medios", debe ser aceptada sin reservas); por esa razón, digo, deben precisamente extremarse las precauciones para que aquel recurso rinda su servicio, Hasta el límite, claro está, que lo consienta el sistema positivo, que, a mi juicio, en nuestro caso permite una interpretación muy acorde con los problemas planteados,

79) Sobre la cuestión en los países de la CEE, vease, por todos E. ULMER "La represión..." cit. pág. 119 y siguientes. En Italia, es particularmente estricta la posición de RCTONDI que encuentra condenable cualquier comparación.

80) Resulta particularmente estimulante la posición que se advierte en ULMER (ibidem. pág. 248) que, señalando que , hoy en Alemania se defiende la opinión de que debe permitirse la comparación cuando exista motivo legítimo, claramente induce a invertir la regla vigente en la actualidad pa

ra sustituirla por la que debe prohibirse en casos determinados las indicaciones denigratorias que sean verídicas.

81) Sobre relaciones entre publicidad superlativa y comparativa es abundante la bibliografía germánica. Destacan la obra citada de BOCK y la de JOETZE ("Die Sogennante Superlativrekla~~m~~e in der Dogmatik des Werberechts". Berlín 1.962). Fueron objeto de análisis por parte de GHIDINI ("Osservazioni sulla reclame superlativa nella dottrina e giurisprudenza tedesche". Riv. Dir.civ. 1.966. II).

82) Son destacables las aportaciones doctrinales de VANZETTI, op. cit. y de GHIDINI ("Note sulla reclame comparativa in Germania e nei paesi anglosassoni". Riv. dir., cit.. 1.966.

II pág. 405 y siguientes). Del mismo autor, "Introduzione - ...". pág. 130 y siguientes. También, G. SCHRICKER: "Die Täuschende werbung im Italienischen Wettbewerbst" 1.962; "La represione della concorrenza sleale negli stati membri della Comunità Economica Europea". Vol V. Italia. Giuffré. Milano 1.968.

83) No debe perderse de vista que la disciplina del artículo 10 del Estatuto no se refiere a cualquier acto de competencia sino al publicitario. Nuestro derecho histórico sólo limitadamente puede servirnos, teniendo en cuenta además que por su vetustez -por todos reconocida- no pudo comprender el fenómeno publicitario en la dimensión con que hoy se manifiesta.

Por otra parte, contra la opinión del texto

no creo que pueda alzarse la teoría del abuso de derecho. - Porque aunque efectivamente aceptada por nuestra jurisprudencia al amparo del Artículo 1.902 del Código Civil, no resulta aquí de aplicación, Puesto que el anunciante que lesiona el crédito de un competidor no se vería protegido por un derecho a hacer publicidad sino que invocaría para fundamentar lo justificado de su acción la interpretación de la denigración al amparo de la obligación que impone el párrafo primero del artículo 10 del Estatuto de que la publicidad, debe rendir un servicio a los consumidores "orientando su libertad de elección". La Suprema Corte de los Estados Unidos de América tiene sentado que la publicidad no debe oscurecer u ocultar cualidades positivas. Y tengo por cierto que nuestro sistema, se aproxima en estas cuestiones al vigente en aquel país. Seguramente por un curioso proceso en la redacción de las normas. Me atrevo a firmar que aunque sus redactores se han vuelto al derecho continental europeo, se han fijado antes en las reglas nacidas de las autoregulaciones o Códigos deontológicos que en las normas jurídicas. Y aquellas se encuentran en todos los países y en la recopilación de la Cámara Internacional mucho más próximas al sistema angloamericano -seguramente por su valor paradigmático en el ámbito negocial- que a los sistemas positivos en los respectivos países.

84) En este sentido la doctrina habla de "publicidad personal". Entre nosotros, GARRIGUES: "La publicidad y sus..." -

pág. 15.

85) Sobre la cuestión R. CALLMAN: "The law of unfair competition and trade marks". 2ª ed, Chicago 1.950; CH. OPPENHEIM "Cases on un fair competition", St. Paul Minnesota 1.948; y "Unfair trade practices". St. Paul Minn. 1.950; BISHOP: "Advertising and the law". Londres 1.952; W.J. LEAPER: "the law of advertising". Butlerworth, 1.961. BOCK op. cit., GHIDINI "Note..." cit.

86) G. GHIDINI: "Note..." citada.

87) Caso Sarrió. Cía A. de Papeles contra Papeles pintados Infanta (3 de febrero de 1.967).

88) Caso: Young & Rubicam. S.A. contra Escuela Natación Jimenez, 10 de marzo de 1.969.

89) Caso Discotyp. S.L. contra Rank Xerox Ltd. cit.

90) Caso Junta Central de Publicidad contra Imeca. S.A. y - otros, 5 de septiembre de 1.966.

91) En el caso en cuestión se encontraba implicado también un anunciante que proclamaba "El calor en su hogar tiene - que ser limpio" aduciendo ventajas de la estufa a gas butano que se anunciaba. Se consideró que no infringía ese - anuncio el artículo 10 del Estatuto, porque no se hacía mención "expresa" alguna del carbón "ni de los aparatos que lo utilizan para la obtención de calor".

92) Caso Sarrió contra Papeles Infanta citado.

93) Caso Sindicato del Combustible contra Quemadores Nian, 16 de junio de 1.967,



94) Basta para comprobarlo con retener la acertada definición del orden público que se contiene en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1.933; y el modo como - entonces lo aplica el Alto Tribunal. Por supuesto, los criterios continúan siendo válidos. El concepto y su aplicación es lo que permite la transformación del contenido.

95) Caso Young and Rubicam contra Escuela Natación Jimenez citado.

96) Toda la doctrina se ocupa de la publicidad "superlativa y comparativa, de las que la jurisprudencia alemana se ha ocupado constructivamente. Por todos, veanse las obras citadas de BOCK y JOETZE especialmente.

97) Caso Alas. S.A. contra Empresa Albino Escribano. S.A. - "Columba".; 5 de septiembre de 1.966.

98) Expresamente se refiere BOCK (op.. cit. pág. 42 y siguientes) a la facilidad de juzgar por la veracidad la expresión "el único". La expresión también motivó procediendo ante el Jurado, en 5 de septiembre de 1.966, caso Lever Iberica S.A., contra Camp, fábrica de Jabones. S.A., por anuncios de éste en que sostenía que el detergente que fabricaba era el único utilizable por lavadoras automáticas. La realidad fué que el denunciado suspendió la publicidad, - por lo que el Jurado no entró a enjuiciar los anuncios a - pesar de que "al entrañar una comparación con los productos competidores y restarles determinadas cualidades, al proclamarse el único, pudiera ser constitutivo de concurrencia -

desleal."

99) Caso Empresa Albino Escribano. S.A. "Columba contra Comercial Nestlé, S.A. de 3 febrero de 1.967.

100) T. ASCARELLI: "T oría ..." cit. pág. 244.

101) J. GARRIGUES: "La publicidad y sus..." cit. pág. 17 y siguientes.

102) ULMER, "La represión..." cit.. pág. 171 y siguientes.

103) G. RIPERT: "Traité..." cit. 6ª ed. Vol I. pág. 240.

104) Vease más arriba en relación con el caso Sindicato del Combustible contra Quemadores Nian.

105) En su momento aduje ya mi criterio de que estas modalidades pueden y deben ser enjuiciadas al amparo de la cláusula general del principio de legalidad que impone el respeto a las buenas costumbres. También desde luego pueden calificarse a la luz del principio de veracidad. La cláusula general del artículo 10 del Estatuto completará el marco que constituye su natural disciplina.

106) Caso D. Rogelio T. T. Riverola contra Semana Deportiva, de 4 de octubre de 1.968.

## CAPITULO OCTAVO

### LA SATISFACCION DEL ORDEN JURIDICO VIOLADO POR LA PUBLICIDAD ILICITA.

#### I. - INTRODUCCION.

Una vez conocidos los intereses comprometi-  
dos por el fenómeno publicitario, y determinados los presu-  
puestos de la calificación legal de su ilicitud, el punto princi-  
pal que resta en el exámen es el relativo al mecanismo que  
se ofrece para la satisfacción del orden jurídico que se violó.

En qué medida los intereses lesionados pue-  
den quedar reparados?, cuál o cuáles son los cauces por los  
que puede obtenerse la reparación?.

Se advierte que la cuestión es decisiva, -  
puesto que del modo como se configure dependerá la efica-  
cia última de las construcciones legales y dogmáticas en tor-  
no a la publicidad ilícita.

Me parece que los problemas se reducen a  
determinar: a) La vía en que es posible deducir una preten-  
sión fundada en un acto publicitario ilícito; b) Los portadores  
del interés lesionado que se encuentran legitimados para dedu-

cir la pretensión, así como lo relativo a la legitimación pasiva, y c) el contenido de la pretensión.

Independiente pero conexa es la cuestión referente a los especiales sistemas de represión de la publicidad ilícita que pueden englobarse con la genérica denominación de autocontrol.

La amplitud con que se configura en el Estatuto de la Publicidad la disciplina jurídica de la ilícita, exige aclarar desde ahora que no cabe inicialmente una consideración unitaria de las cuestiones procesales. De ahí, los matices que es preciso tener en cuenta en esta materia. Ya es sabido que la contravención a cualquiera de los "principios" legales acarrea la calificación de ilicitud. Pero cada uno de ellos protege de hecho un bien jurídico o un conjunto de bienes de muy diferente significación.

En mi opinión hay que evitar cuidadosamente hacer coincidir el sistema represivo de la publicidad ilícita con el que tiende a reprimir de modo exclusivo la competencia desleal. Esta es sólo una de las calificaciones que puede merecer el acto publicitario, pero en modo alguno agota los supuestos de su ilicitud.

Por lo mismo, un análisis de la cuestión para ser completo debe deslindar cada uno de los supuestos de

violación de los distintos "principios generales" de la publicidad. Se hace evidente una vez más que la calificación - publicitaria del acto es una pura circunstancia adjetiva o instrumental respecto de su incidencia en el bien jurídico que se estima lesionado.

A nada nuevo conduciría en efecto, plantearse las cuestiones de legitimación, contenido de la pretensión y vía en que debiera deducirse, en relación a un acto de publicidad que lesiona un derecho de la personalidad, o que infringe una norma jurídica. En el primer caso se estará a las reglas generales, y en el segundo la propia norma determinará el mecanismo procedimental que corresponda.

Otro tanto podría decirse de los casos en que el acto de publicidad constituye una manifestación de deslealtad en la competencia, puesto que la represión viene de esta calificación.

Pero es lo cierto que al aglutinar la ley los diversos supuestos de ilicitud de la actividad publicitaria, viene a matizarse cada uno de aquellos supuestos no tanto por su contenido intrínseco como por su instrumentación a través de la publicidad. Y el legislador ha estimado conveniente - instituir un sistema propio para llegar a restablecer el orden jurídico violado. Ya no es entonces sólo que se lesiona un

derecho de la personalidad, que se infringe una norma jurídica, o que se realiza un acto de competencia desleal sino que todos esos supuestos cobran nueva dimensión por haberse valido de una instrumentación publicitaria.

## II.- CAUCE DE REPRESION DEL ACTO DE PUBLICIDAD ILICITO

A).- Actuaciones administrativas.- El Estatuto de la Publicidad instauro con carácter de novedad dos Organos de la máxima importancia en relación a estas cuestiones. Son la Junta Central y el Jurado de la Publicidad.

Independientemente de determinadas funciones que a la Junta vienen atribuidas, ajenas en principio al mecanismo sancionador del acto publicitario ilícito, a este Organó corresponde una actividad impulsora del Jurado que es quien califica el acto a la luz de los "principios generales" contenidos en la ley.

De modo muy sumario y con carácter introductorio conviene señalar que el Estatuto entroniza un sistema administrativo para la represión de la publicidad ilícita, que se desdobra en la actuación de los dos Organos. Correspondiendo a la Junta Central la actividad de impulso y al Jurado la de calificación y resolución. Cualquier acto publicitario y sea cuál sea el "Principio" que pueda estimarse violado, recae bajo la competencia de estos dos Organos. No cabe

entonces una restricción por razón de los supuestos a que se reconduzca el acto porque el sistema legal se aplica únicamente en virtud del carácter publicitario del acto mismo.

A').- La Junta Central de Publicidad.- En relación a su naturaleza parece claro que se trata de un Órgano de la Administración, que jerárquicamente depende del Ministerio de Información y Turismo (cfr. art. 60). Pero sin embargo no sólo se integra por funcionarios públicos sino que en su composición intervienen representantes de los sectores interesados en la actividad publicitaria e incluso personas que no tengan ni uno ni otro carácter sino sólo el de ser de "reconocida experiencia o conocimiento" en la materia.

Es así la Junta Central un órgano de composición mixta, con lo que parece quiere eludirse cualquier acusación de excesiva ingerencia de la Administración en los intereses del sector comercial.

No es cuestión de repetirse y por lo tanto pasaré por alto la discutible dependencia que se impone al Ministerio de Información y Turismo. Ciertamente que la competencia que a tal departamento corresponde con carácter general engloba de alguna manera aspectos importantes de la publicidad, pero, en cualquier caso, como fenómeno inserto en la vida del tráfico, su visión unitaria parece que puede

•  
obtenerse mejor desde la perspectiva de un Ministerio económico, y acaso en España en la actualidad, del Ministerio de Comercio.

El artículo 60 del Estatuto al tratar de la composición de la Junta señala que con los representantes de la Administración entrarán "profesionales designados por la Organización Sindical, en representación de medios y Agencias". Es así consecuente con los criterios lógicos e incluso legales sostenidos y expresados en el propio Estatuto.

Porque la actividad publicitaria sólo se ejerce profesionalmente por quién hace de su instrumentación el objeto de su dedicación habitual con los demás requisitos que se reconocen en el ejercicio de una profesión, y es por ésto por lo que el propio Estatuto al tratar de los "sujetos" de la actividad publicitaria sólo se ocupa -dejando ahora a los Agentes y a los Técnicos- de las Agencias y de los medios.

La ley deja fuera de la Junta a dos grupos de interesados en la publicidad, aunque de distinta manera. Uno de ellos, el de los anunciantes; el otro, el de los consumidores. Curiosamente, como se ve, los dos grupos o sectores que son en verdad los dos únicos polos del fenómeno. Uno el emisor del mensaje: el receptor, el otro.

El tema no es en modo alguno baladí. Parece



como si de nuevo se manifestase en la ley la voluntad de restringir su eficacia considerando como únicos destinatarios de las normas al círculo de los profesionalmente implicados en la publicidad.

Y es éste, a mi juicio, un grave reproche - que puede legítimamente hacerse al legislador. Que la publicidad se desenvuelva por los cauces apetecidos por la ley es algo que no afecta sólo a quienes a ellas dedican su actividad profesional. Y estoy por decir que ello es irrelevante en comparación con la medida en que se afecta el interés de toda la sociedad y de cada uno de sus miembros. La actividad de aquéllos profesionales deberá ajustarse -y en este sentido queda directamente afectada- a lo que dispone la ley, pero en función de su instrumentalidad respecto de la destinación última del mensaje publicitario y de su real incidencia en la vida comunitaria.

La poco feliz solución legal se ha remediado en parte con la publicación de la Orden de 30 de Enero de 1.965 sobre Constitución de la Junta Central. Pero sólo en parte, porque si bien da entrada a la representación de los anunciantes (cfr. art. 5º) continúa dejando fuera a la de los consumidores.

Teniendo en cuenta las funciones que a la Junta compiten, las consecuencias de esta incompleta composición son graves. De un lado, la voluminosa representación de los sectores profesionales y de anunciantes en relación a la de los funcionarios públicos, priva al Organo del carácter de instancia superior que pudiera hacer intervenir a la Administración como neutral en la representación de los intereses generales que le están encomendados.

Por otro lado, una Junta Central con una efectiva representación de los consumidores, en paridad con las de los demás sectores hubiera significado un efectivo paso adelante en la solución de los problemas que se plantean en relación a la publicidad. Se ha recordado aquí cómo en la Gran Bretaña se propugnaba la constitución de un Consejo Nacional del Consumidor para introducir elementos de racionalidad que compensen la irracionalidad publicitaria para la decisión de compra. Tal función hubiera podido desarrollarse en parte por una Junta Central en la que se representarían los consumidores a través de las Asociaciones intermedias de éstos, lo que desde luego debería comportar toda una actividad de fomento de esas Ascoaciones. (1).

Finalmente, la actual composición de la Junta Central puede llevar a minimizar o desvirtuar su función

esencial de ordenación de la publicidad desde los criterios de su eficacia socio-económica para mantenerla bajo los principios que se impongan los propios interesados, de modo semejante a como puede obtenerse en los regímenes o sistemas de autocontrol.

Las funciones que competen a la Junta se clasifican, según MARTIN CVIEDO (2) en consultivas y ejecutivas. Por las primeras, la Junta asesora e informa "a la Administración Pública en las materias concernientes a la actividad publicitaria", salvo en las que corresponden, según su naturaleza, a la Organización Sindical. Las funciones ejecutivas se concretan en velar "por el cumplimiento de los principios y normas" del Estatuto (cfr. art. 61).

Si quisiéramos encontrar un remoto precedente a la Junta Central en sus funciones consultivas, surgiría la referencia al Consejo de la Publicidad establecido en Alemania en la tercera década del siglo. Pero no sería justo suponer que la Junta Central comporte una pervivencia de concepciones propias de una época de poco feliz recuerdo histórico. En primer lugar porque los mismos Autores alemanes reconocen que el Werberat no supuso una manifestación más del totalitarismo nazi sino que respondió a criterios económicos, en cuyo campo se admite que cumplió una positiva función que en cierto modo

aún perdura todavía en relación a la mentalización de los problemas que plantea la publicidad (3).

Las funciones ejecutivas se realizan mediante el impulso que la Junta Central transmita al Jurado de la Publicidad para la iniciación del procedimiento que lleve a determinar la licitud o ilicitud del acto publicitario según su adecuación o contrariedad a los "principios" del Estatuto.

Claramente me parece que se advierte que tanto unas como otras funciones se desempeñarían con el mayor alcance y eficacia si la composición de la Junta Central no se restringiera a la representación de los sectores interesados inmediatamente y se diera cabida en condiciones de igualdad a los consumidores.

#### B') El Jurado de la Publicidad.

En su composición priva el criterio de que sean los propios "profesionales" quienes lo integren. Es la Junta Central la que selecciona las personas que habrán de constituir el Jurado, de entre aquéllas que le sean propuestas bien por el Ministerio de Información y Turismo bien por el Sindicato Nacional de Prensa, Radio, Televisión y Publicidad, si bien, al menos, deberá seleccionarse un número de personas equivalente al cincuenta por ciento de las propuestas por

este último Organismo (cfr. art. 62).

Al Jurado le reserva la ley una doble posible actuación. De ambas, interesa ahora destacar la que se refiere al conocimiento, calificación y resolución de los actos publicitarios en violación de los "principios". La otra consiste en una actuación arbitral, según el régimen de la Ley de 1.953, y que se desenvuelve como es obvio con ocasión de controversia entre partes "como consecuencia de cualquier contrato de actividad publicitaria" (cfr. art. 66) (4).

El artículo 66 del Estatuto marca la competencia que por razón de la materia corresponde al Jurado. La expresa referencia a los "principios generales" del Estatuto me parece que no puede interpretarse sino como que al Jurado se le reserva el conocimiento de las actividades que violen exactamente las normas contenidas en los artículos 7º á 10 del Estatuto. Surge inmediatamente la duda de si en consecuencia sólo interviene el Jurado en la calificación de los actos publicitarios en cuanto comunicación al público. La respuesta tiene que ser negativa. También conocerá de los comportamientos y de las actividades que los "sujetos" de la publicidad realizan. Y no sólo desde el principio de competencia sino incluso en relación al cumplimiento de los requisitos administrativos que

les vienen impuestos. Por la razón de que entre los "principios" se encuentra el de "legalidad" y las normas imponen aquellos requisitos.

Esta es la justificación del caso Don Rogelio T. Riverola contra Semana Deportiva, de 4 de Octubre de 1.968.

En la función que aquí interesa, se establece un procedimiento que encuentra su desarrollo en el Reglamento dictado con fecha 7 de Abril de 1.965.

Constituye así el Jurado el Organo ante el que se ventila un procedimiento destinado a velar por la aplicación de los principios de la publicidad y consiguientemente a reprimir los actos publicitarios ilícitos. Organo y procedimiento administrativos cuya especialidad más destacada reside en venir aquél constituido por legos en la función de aplicación de las normas jurídicas. Y ser personas directamente implicadas en la actividad profesional - Agencias, medios y anunciantes (art. 4º Regto.) - o en cualquier caso personas que actúan privadamente "de acreditadas honestidad e integridad profesional" (cfr. art. 62 E.P. y 1º y 2º del Regto.).

El término "legos" debe entenderse en el

sentido estricto, como opuesto al de quienes tienen por profesión y función la aplicación del Derecho.

Evitando desde luego todo matiz valorativo.

Pues, con independencia del celo y aún de la competencia que que se reconoce a todos los miembros del Jurado, bastaría la tranquilizadora presencia entre ellos del Profesor DIEZ-PICAZO para que no pudiera, sin faltar a la justicia y a la modestie, permitirme dar un alcance distinto al término. Y en tiendo que de esa presencia debemos felicitarnos los juristas y cuantos sentimos la vocación universitaria.

Dada su naturaleza, los miembros del Jurado podrán ser recusados por el cauce de las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo, y contra el fallo del Jurado cabe, por quebramiento de forma, recurso ante el Ministro de Información y Turismo (art. 67). Sus resoluciones pasan, para su ejecución, a ese Ministerio (art. 67).

### C') Procedimiento

Tiende el procedimiento a una declaración calificadora del acto publicitario en atención a su contrariedad o nó a los principios consagrados en el Estatuto. Sobre este punto no existe la menor restricción o reserva, de modo que al Jurado compite el exámen de la publicidad según el

principio llamado "de igualdad", el "de autenticidad", el "de veracidad" y el "de libre competencia". La cuestión es importante porque sobre todo en relación al primero de ellos, resulta sumamente discutible la posibilidad de que un Jurado directamente interesados - al menos en su mitad - en la actividad publicitaria pueda llevar a pronunciarse respecto a la violación de las normas jurídicas, el atentado a instituciones sociales fundamentales, o la lesión de derechos de la personalidad.

Claro es que puede decirse que en todo caso se trata de aplicación de normas jurídicas, pero se advierte una diferencia sustancial. En la interpretación de los "principios" que no son el de legalidad la tarea fundamental reside en la determinación de los hechos y en el aislamiento de los supuestos que se contienen en los preceptos que los imponen, mientras que el juicio desde el principio de legalidad comporta una valoración en derecho que está muy lejos de dejarse a legos en nuestro sistema positivo.

a) Legitimación e iniciación del procedimiento ante el Jurado. - El procedimiento ante el Jurado se inicia siempre a instancia de la Junta Central, sea por su propia iniciativa sea "por acuerdo a demanda o denuncia concreta de tres profesionales" (art. 67 E.P.). Pero la Junta no es parte,



sino que el expediente se resuelve en contradictorio entre el denunciante, en su caso, y el denunciado. (5).

Ni en el Estatuto ni en la Orden ministerial sobre composición de la Junta Central se encuentra regulado el régimen de adopción de sus acuerdos, que se deja al reglamento interno. Es lógico que se inspire en el principio democrático de las mayorías. Consiguientemente, la incoacción del procedimiento ante el Jurado se produce por decisión mayoritaria de la Junta expresada formalmente en un acuerdo.

Con independencia de que quepa la hipótesis de una conducta obstruccionista, que la ley prevea dos formas posibles de incoacción debe merecer al intérprete una cierta significación. Lo que obliga a cuestionarse por la que le corresponda al "acuerdo" que se exige en el caso de denuncia de tres profesionales, exigencia que se reitera muy expresivamente en el artículo 11 del Reglamento del Jurado, cuya intervención se supedita en todo caso al "previo acuerdo de la Junta".

Si se quisiera dar por buena sin más la simple expresión literal de las normas, no tendría sentido la diferenciación, pues hubiera bastado con señalar la exigencia de un acuerdo de la Junta.

En mi opinión, la cuestión se traslada entonces al plano de la libertad o necesidad en que se encuentra la Junta para la adopción del acuerdo. Que supone desde luego una decisión en cuanto Crgano colegiado, pero sin que el término prejuzgue la forma y requisitos de su adopción.

Lo que persigue la ley es que en todo caso el Jurado inicie su actuación por un acto de impulso de la Junta Central. Que deberá producirse necesariamente cuando reciba la denuncia de tres profesionales. De lo que se deduce que ni en todos los casos es menester contar con esa denuncia ni en los que se produzca, la Junta puede dejar de adoptar el acuerdo de incoar el procedimiento (6).

Con ello, sin duda, se intenta cerrar el paso a temerarias actuaciones singulares, puesto que las denuncias aisladas se someten al criterio de la Junta que se expresará libremente en la adopción del acuerdo según su régimen general. En este orden; sin embargo, no puede silenciarse que en el único caso - hasta donde conozco - que la Junta Central actuó por denuncia de tres "profesionales", el Jurado estimó temeridad considerando la denuncia improcedente por "interrumpir el normal desenvolvimiento del Tribunal". (7).

Cuestión de capital importancia es la relativa

a la legitimación para dirigir la denuncia a la Junta Central como primer acontecimiento que provoca la actuación impulsora del procedimiento.

Se advierte con claridad que para aquellos casos en que la Junta no se encuentra en situación de necesidad de adoptar el acuerdo, la denuncia ante la misma es pública. Puesto que en estos casos es su acuerdo el que impulsa la actuación del Jurado, como se deduce de que la ley estime entonces que la Junta actúa por su "iniciativa". Doctrina que ha sido terminantemente recogida por el Jurado. (8).

Debe resaltarse que la regla se aplica con carácter general a cualquier supuesto de presunta ilicitud del acto publicitario. Sin que, por lo tanto, exista especialidad alguna por razón de la materia. Reconociéndose así, me parece, el buen criterio de que lo característico en el fenómeno publicitario es su peligrosidad social que encierra en potencia la causación de un daño.

Pero, como es sabido, junto a este impulso del procedimiento la ley coloca el que procede de la "demanda o denuncia concreta de tres profesionales". En cuyo caso la Junta debe adoptar el acuerdo que inicia el procedimiento, que si continúa siendo formalmente el acto de impulso procesal, no

hace en modo alguno perder relevancia a la caracterización del verdadero primer acto que es el de denuncia.

Lo que inevitablemente plantea la cuestión de quién está legitimado para producirla de modo que produzca el importante efecto de la necesidad para la Junta de adoptar el acuerdo.

La respuesta la da la letra de la ley al expresar que sólo los "profesionales" pueden hacerlo y en número de tres. Pero, quiénes son esos "profesionales"?

Desde luego quedan fuera del supuesto los que de ningún modo intervienen en la actividad publicitaria, esto es, los consumidores. Pero la duda continúa planteada por lo que se refiere a las dos siguientes cuestiones.

En primer lugar si se incluyen o nó en el término "profesionales" los anunciantes. En segundo término si es preciso contar con una especial cualificación - que en realidad comporta una verdadera legitimación activa - o si, por el contrario, es suficiente la simple y genérica que deriva de intervenir de algún modo en la publicidad.

Desde un criterio de lógica general y de lógica jurídica, me parece, que deberían quedar excluidos los anunciantes, ya que ni el serlo constituye una profesión, ni ,

como es sabido, el Estatuto somete a régimen "profesional" o subjetivo a los anunciantes. Consiguientemente en el término "profesional" debería excluirse a los no participantes de manera activa en la instrumentación y ejecución de los actos publicitarios - anunciantes y consumidores -, incluyéndose en cambio todos cuantos en ellas participan sin excepción - agencias, estudios, medios, agentes y técnicos.

Sin embargo, la imprecisión del concepto - en rigor no hay más profesionalismo, a excepción de los técnicos y agentes, que el derivado de la cualidad de comerciantes - y la tremenda fuerza de los hechos imponen el criterio realista de considerar implicados en la actividad publicitaria a los anunciantes. Que es lo que determinó a la Orden sobre composición de la Junta Central, como se ha dicho, a dar entrada en ella a los anunciantes, de la misma manera a como el Reglamento del Jurado les considera posibles miembros del mismo. Bien que con la imprecisa y equívoca expresión de "profesionales que desempeñen la actividad al servicio de los .... anunciantes" (art. 4º Rgto. Jurado). Lo que me inclina a pensar que, por lo que ahora nos importa, se incluyen en el término "profesionales" los anunciantes que por contar con "departamentos de explotación" publicitaria se encuentran calificados de "exclusivas de publicidad".

Cosa que no sólo no choca sino que refuerza el criterio de lógica jurídica que más arriba se invoca. Puesto que esas "exclusivas" de origen interno si merecen por parte del Estatuto una reglamentación subjetiva desde criterios "profesionales", Y continúa siendo válida, en mi opinión, la regla general que se ha expresado, en el sentido de que se considera que intervienen en la instrumentación y ejecución del acto publicitario no sólo las agencias, estudios, medios, agentes y técnicos sino también las "exclusivas" de los anunciantes. Pero no éstos en cuanto tales, que quedan por completar al margen de toda consideración "profesional".

En ninguna disposición, empezando desde luego por el Estatuto, se exige mayor calificación que la genérica de ser "profesional". También ahora, dentro de esa categoría integrada por las específicas que nos son conocidas, puede afirmarse que la denuncia es pública. Y para todos los casos. Sin que sea preciso que la formulen quienes se sientan amenazados o incluso lesionados por el acto que se presume ilícito. Como se deduce además del hecho de que se exija el concurso de tres profesionales, que lógicamente destruye cualquier intento de interpretación que no considere que pueda serlo cualquiera que goce de esa calificación. Y es así desde luego como se admite por el Jurado (9).

Parecen inexcusables ciertas consideraciones en torno a la cuestión de la legitimación pasiva. Tampoco existe norma positiva alguna de la que pueda deducirse un criterio sobre la materia. Y ante el silencio de la ley es necesario proceder a sentarlo sobre un esfuerzo constructivo.

Creo que en este punto lo decisivo es partir del fundamento de la disciplina legal. Lo que se intenta es establecer unos principios que actúen de límites a la actividad publicitaria. Y para ello se instituye un procedimiento administrativo, de características muy sui géneris, caracterizado por una gran flexibilidad, ausencia de formalismo y que persigue ante todo una resolución que califique el acto para resolver sobre su ejecución.

Partiendo de ese punto de vista, es obvio que debe concluirse que lo que se califica es el acto y que por lo tanto la denuncia puede dirigirse contra cualquiera que intervenga en su ejecución, supuesto que es en ella en la que repercuta la eficacia de la calificación. La regla se ha estimado por el Jurado en tal amplitud que incluso permite que la denuncia se formule con referencia a una marca por entender que supone la "implícita referencia al fabricante del producto" (10).

Aunque sea anticipar ideas que, por razones

de sistema, se exponen en el epígrafe sub b) siguiente, parece que la cuestión de la legitimación pasiva debe exigir una mayor atención en los casos que el acto merece una sanción punitiva. Por no poderse desligar de una apreciación de la conducta intencional de quién lo ejecutó. Sin embargo tampoco ahora parece que existan mayores dificultades, puesto que, en primer lugar, la ausencia de formalismo permite al Jurado sea quién sea el denunciado, formular su resolución del modo que estime más adecuado a la satisfacción del orden jurídico violado. Y, por lo tanto, apreciando cuantas circunstancias hayan concurrido y llamando a cuantos sujetos hayan participado (11), el Jurado puede llegar a determinar una sanción punitiva contra aquél que estime merecedor de la misma. Pero además, no debe olvidarse que, por virtud de lo dispuesto, en el primer párrafo del artículo 26 del Estatuto, se puede estimar que la agencia o el medio son merecedores de esa sanción por haber actuado sin la diligencia que les es exigible como efecto indirecto del deber que se les impone de "rechazar toda publicidad que esté en contradicción con lo dispuesto en este Estatuto o en las leyes o de la que pueda resultar daño o perjuicio para terceros".



b) Contenido de la pretensión. - No voy a detenerme aquí en los aspectos puramente procesales de la cuestión. Interesa sobre todo considerar cuál sea el contenido de la pretensión que es tanto como decir el contenido de la resolución que pone fin al procedimiento ante el Jurado.

Según el artículo 67 del Estatuto, el Jurado puede "imponer correcciones consistentes en amonestaciones o en suspensión en el ejercicio de la actividad, que no podrá exceder de seis meses". Resoluciones de las que, siempre según el mismo precepto, "se dará traslado al Ministerio de Información y Turismo para su ejecución".

Contemplado el primer párrafo del artículo 67 del Estatuto se advierte que en su redacción ha pesado la consideración de la potestad sancionadora o disciplinaria. Así se desprende de la referencia a las "correcciones" que dan sentido disciplinario al término "amonestación", que se refuerza por la otra categoría claramente sancionadora de suspensión de la actividad.

Sin desmercer la trascendencia que esa perspectiva tiene, creo, sin embargo, que no agota ni mucho menos la cuestión. Y que precisamente queda sin contemplar en la ley el aspecto que aquí más puede interesarnos como es el relativo

a los efectos que la calificación de ilicitud del acto produce en la esfera de su ejercicio.

Porque, pienso que son dos cuestiones por completo diferentes y hasta independientes entre sí. Una es la disciplinaria y sancionadora que tiene un sentido punitivo in discutible. Y otra la calificación del acto como algo objetivo que se mide por su potencialidad o inocuidad para causar un daño, y que exige, por consiguiente, un pronunciamiento sobre la conveniencia de suspenderlo o eliminarlo, o sobre la posibilidad de ejecutarlo o de que continúe ejecutándose.

Una es, pues, la cuestión del contenido de la pretensión que se refleja en la resolución adoptada. Y otra muy distinta que la Administración en uso de su función típica, considere que la conducta del agente le ha hecho acreedor de una sanción disciplinaria.

Puesto que es a ésta a la que expresamente se refiere la ley, me referiré a ella antes que a la otra, en definitiva más importante desde el punto de vista privatístico.

Atribuída la potestad sancionadora en materia publicitaria al Ministerio de Información y Turismo (art. 5º y 63 del E.P.), parece que la ejerce entonces a través del procedimiento que se ventila ante el Jurado cuyas resoluciones se

ejecutan por aquel Departamento, constituyendo él mismo además, con la Junta Central, un Organo en dependencia jerárquica del Ministerio citado.

Pero la cuestión no es tan sencilla si se atiende a lo dispuesto por el artículo 63 del Estatuto, que, como se dijo, se refiere precisamente a la potestad sancionadora del Ministerio de Información en función de la calificación que el acto publicitario merezca desde los "principios" que constituyen en la ley su disciplina jurídica especial (12).

El artículo 63 del Estatuto prevé la imposición de multas que pueden llegar hasta las doscientas cincuenta mil pesetas, e inclusive hasta un millón de pesetas si así lo acuerda el Consejo de Ministros a propuesta del titular de la cartera de Información y Turismo. Siendo de destacar que entre las correcciones que el Jurado puede imponer - a tenor del artículo 67 - para nada se alude a las multas.

De la lectura del artículo 67 en relación con el artículo 63 podría deducirse que una es la sanción puramente administrativa (art. 63) y otra la que puede imponerse desde un Organo - el Jurado - nacido de y para las categorías profesionales de los participantes en la publicidad (art. 67). En la que la intervención administrativa stricto sensu se hace notar sólo

en cuanto el fomento de ese Órgano y en cuanto la ejecución de sus sanciones, que se encarga a la Administración. Y siendo los cauces distintos, quiere decirse que son por completo independientes. De suerte que ni el Jurado puede resolver sobre la imposición de multas - materia reservada al Ministerio según el artículo 63 - ni la Administración tiene que esperar la resolución del Jurado para actuar su potestad sancionadora.

La interpretación propuesta parece abonarse con lo dispuesto en el inciso final del artículo 66 que expresamente deja a salvo "las competencias de los órganos de la Administración para sancionar las infracciones", aunque se haya remitido al Jurado el conocimiento del caso.

Pero una interpretación tan rígida nos lleva a la consecuencia de que el Ministerio de Información y Turismo conozca simultáneamente de una misma materia por un doble cauce y puede llegar a imponer al mismo hecho la doble sanción que de la duplicidad de la vía se desprende. E incluso puede establecerse la hipótesis de que, actuada la sanción por los órganos del Ministerio, no llegara a apreciarse por el Jurado infracción alguna a los "principios".

Se hace imprescindible, a mi juicio, intentar una solución armonizadora. Partiendo de la base de que el

Jurado se instituye en la ley como pieza clave del enjuiciamiento de la licitud de la actividad publicitaria y no como órgano de las reglamentaciones profesionales.

Confieso que no resulta fácil, dados los términos del artículo 63 del Estatuto. Aunque, en cambio, no me parece obstáculo decisivo el último párrafo del artículo 66, puesto que puede entenderse referido a la potestad sancionadora que esté atribuida especialmente a otros Organos de la Administración distintos al Ministerio de Información y Turismo, cuya competencia se salva, con carácter general, en el artículo 5º del Estatuto.

Si se quiere mantener una neta diferenciación entre la actuación sancionadora del Ministerio y la que se confía al Jurado, creo que es necesario advertir de lo siguiente. El Ministerio de Información y Turismo para imponer la sanción debe haber establecido la calificación del acto de publicidad. Que es materia reservada - además de a los Tribunales - al Jurado Central, que está en dependencia jerárquica del propio Departamento. De lo que resulta que o bien el Ministerio espera la calificación del Jurado o bien instruye por sí mismo el oportuno expediente que, en contradictorio, mantenga el principio inderogable de que nadie puede ser condenado sin ser oído.

Si se inicia y tramita ese expediente se ha dejado sin efecto la reserva de conocimiento atribuido al Jurado. Si nó se tramita ese expediente y el Ju rado no puede resolver sobre imposición de multas, el Ministerio no podrá imponerlas sin incurrir en violación del principio citado. La única salida que se deja es admitir que el Jurado nó interviene en forma exclusiva y excluyente, por lo que cabe una actuación administrativa en paralelo. (13). Pero, aparte de que ello parece ir, no yá contra el sistema instaurado por el Estatuto sino contra los principios de economía procesal, no puede olvidarse que el Jurado, por virtud del artículo 67, puede imponer una sanción que resulte incluso más aflictiva que la de las multas previstas en el artículo 63 como es la suspensión de la actividad por plazo que puede llegar hasta los seis meses. Y no parece tener sentido despedazar la potestad disciplinaria que se contiene tanto en el artículo 63 como en el 67.

A mi juicio, al menos mientras no se aclare el alcance del primero de esos preceptos, es necesario mantener la unidad de la actuación sancionadora que deriva de la resolución del Jurado que, por lo tanto, puede también imponer multas, cuya ejecución corresponde al Ministerio de información y Turismo.

Esta es sin duda la tesis que se deduce de toda la actuación del Jurado, que no ha dudado en algunos fallos en proponer al Ministerio de Información y Turismo la imposición de multas cuando lo ha estimado conveniente (14).

En este orden de cosas se plantea, sin embargo, la importante cuestión de la posible revisión de la actuación del Jurado.

Sin ánimo de invadir un terreno que no es el propio ni de esta tesis ni de su autor, me parecen necesarias ciertas consideraciones.

El artículo 67 del Estatuto dispone que "contra el fallo del Jurado cabrá recurso ante el Ministro de Información y Turismo, por infracción o inobservancia de las normas procesales de aplicación". Y el artículo 16 del Reglamento del Jurado (Orden de 7 de Abril de 1.965) que reitera el precepto citado no duda ya en calificar dealzada el recurso, y en referirse a la Ley de Procedimiento Administrativo para su sustentación - como también a ella se refiere el propio Estatuto en su artículo 66 para declararla aplicable a los supuestos de recusación de los miembros del Jurado.

Es menester no olvidar que sus resoluciones se ejecutan por el Ministerio (art. 67 E.P.), por lo que se previe

ne que ellas se dará traslado "dentro de los tres días siguientes" al Servicio de Actividades Publicitarias "para su ejecución y demás efectos" (art. 15 in fine del Regto. Jurado).

Con ello no puede dudarse que se ha producido una actuación administrativa susceptible en principio de revisión según los preceptos de general aplicación.

Sin embargo, la ley - y el Reglamento del Jurado - limitan la revisión en alzada a la infracción o inobservancia de normas procesales. Con lo que implícitamente parece negarse la posibilidad de toda revisión en cuanto al fondo del asunto.

Ahora bien, la amplitud de la materia cuyo conocimiento compete al Jurado supone la aplicación de normas jurídicas. No sólo la interpretación de las que imponen en el Estatuto la especial disciplina jurídica de la publicidad, sino incluso la de normas no directamente dictadas a ese fin - "principio de legalidad" -. Y no parece que deba excluirse de revisión la actuación del Jurado en este orden.

Sin duda, la ley ha partido de que la intervención del Jurado no es ni exclusiva ni excluyente, puesto que se deja a salvo la competencia de los Tribunales Ordinarios cuya actuación no se vé impedida por la que corresponde al Jurado (arts. 64 y 65 E.P.).



Pero me parece que en ese razonamiento se están confundiendo dos cosas muy diferentes. Porque si es absolutamente correcto por lo que se refiere a la calificación del acto publicitario, no puede olvidarse que al Jurado compete el ejercicio de una potestad sancionadora que se ejerce en la imposición de multas o en la de suspensión de la actividad por hasta seis meses. Como se advierte, ambas de suma gravedad, y que derivan de la calificación del acto y de la estimación que el Jurado ha efectuado.

No creo que la ley pueda querer dejar excluida la revisión salvo por defectos de forma en el procedimiento ante el Jurado.

En mi opinión, aunque la cuestión esté poco clasificada en el Estatuto debe intentarse una interpretación coherente con la finalidad de la norma y con los principios que con carácter general inspiran nuestro Ordenamiento en punto a revisión jurisdiccional de la actuación administrativa como mejor protección y tutela de los administrados.

Por lo mismo, me inclino a pensar que cuando el Estatuto contempla el recurso de alzada por ante el Ministro de Información y Turismo por infracción o inaplicación de

normas relativas a las formas en el procedimiento, se está refiriendo sólo al primero de los aspectos indicados. A saber, el que toca a la decisión del Jurado sobre la calificación del acto publicitario en sí, que sólo podrá recurrirse por vicios formales en la tramitación.

Pero respecto de las consecuencias que de la calificación se deduzcan en orden a las sanciones, creo que debe estimarse la existencia de una laguna en el Estatuto que sólo puede cegarse adecuadamente acudiendo a la legislación reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa según es interpretada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, como es sabido, es sumamente restrictiva en orden a las materias exceptuables de la revisión que le está encomendada (15).

Por este camino, se enlaza el análisis con el segundo de los aspectos fundamentales que se han señalado más arriba. El relativo al contenido de las resoluciones del Jurado referente a la calificación en sí del acto publicitario como ilícito por su contrariedad a los "principios" del Estatuto.

Yá se dijo que es mi criterio que sobre este punto parece que guarda la ley silencio. Acaso preocupado el legislador fundamentalmente por el aspecto disciplinario sancionador.

Pero precisamente, interesa más aquí el otro aspecto de la sanción, entendida como satisfacción del orden jurídico violado con la ejecución del acto publicitario calificado de ilícito, que ha de suponer una decisión que ponga fin a esa ejecución. Por el camino de una intimación para que el acto no se produzca o para que se suspenda o cese su ejecución. Pero a esto no se alude en el Estatuto.

No creo necesario decir que la suspensión a que se refiere el inciso final del párrafo primero del artículo 67 del Estatuto no tiene nada que ver con lo que ahora se trata. El Jurado, según ella, puede resolver la suspensión no del acto publicitario ilícito sino de la actividad publicitaria del sujeto que participó en su ejecución. Porque, tras de estar incluida en el sentido disciplinario que la norma tiene, carecería de significado en otro caso señalar un plazo para la suspensión.

Parece que podría recurrirse a la norma prevista en el artículo 69 del Estatuto que permite a la "Autoridad competente" suspender la ejecución de una actividad contraria a la ley, siempre a instancia de parte y mediante resolución fundada. Circunstancia esta última que se produce en todo caso de intervención del Jurado, cuyas resoluciones, una vez trasla

dadas al Ministerio para su ejecución, podrían quedar incluidas por la genericidad de la invocación a la competente autoridad.

Sin embargo, ya no es tan seguro que el artículo 69 se refiera al problema que se analiza si se piensa en la exigencia de que la resolución se adopte a instancia de parte. Puesto que el procedimiento ante el Jurado se impulsa - siempre por iniciativa de la Junta Central, que no es parte. Y aunque se quisiera sostener que la instancia particular se advierte en el acto de la denuncia ante la Junta Central, creo que no llegaríamos a mejor resultado porque tras suponer una ampliación - acaso desmesurada - del término "parte" asími - lándolo a cualquier denunciante, es sabido que en esos casos la Junta Central es libre de adoptar o no el acuerdo que ha de iniciar el procedimiento ante el Jurado.

No es fácil desentrañar el sentido del artículo 69. Pero, a mi juicio, su eficacia se reduce al campo de la actividad que desempeñan los sujetos de la publicidad. Porque fuera de ese ámbito cada Autoridad administrativa actuará su potestad de acuerdo con las normas reglamentarias aplicables. No creo, por ejemplo, que la norma pueda referirse a que un Ayuntamiento suspenda la colocación de una valla. Por su puesto que lo hará aunque no estuviera el artículo 69 cuando

proceda según sus Ordenanzas, y aquél precepto no amplía la competencia del Ayuntamiento para que pueda impedir la colocación de una valla que por su contenido, por caso, contravenga el Estatuto. Porque además de que sería absurdo, bien claramente se refiere el artículo 69 a la autoridad competente.

Creo, por consiguiente, más bien que el Estatuto ha dejado en blanco esta importante cuestión del alcance de las resoluciones del Jurado en cuanto a intimaciones sobre la ejecución del acto sometido a su calificación. Y que por ello habrá de estarse a las reglas de la lógica que, por lo demás, han encontrado sanción en la jurisprudencia del Tribunal Supremo al estimar, en relación con supuestos del acto ilícito civil, que aunque la ley no lo diga obviamente la sentencia que declare la ilicitud puede - e incluso debe -pronunciarse sobre la exigencia de abstenerse de realizarlo (16).

De hecho, el Jurado en numerosos fallos ha resuelto la suspensión de la actividad publicitaria que se ha calificado como ilícita. Y ha sabido distinguir esa intimación a que cesara con lo que es amonestación o apercibimiento en su di-mensión punitiva. (17).

Pero acaso la no excesivamente clara naturaleza del Jurado ni de su función, ha determinado una cierta vaci

lación en sus fallos en relación a estas cuestiones. Con perjuicio de la necesaria creación de un cuerpo coherente de casos resueltos que puedan servir de fundamento a la actuación de los sujetos que intervienen en la publicidad, como, sobre todo, a la jurisprudencia de los Tribunales que encontrarán en él una inestimable base para la aplicación de las normas, desde la perspectiva de lo que entienden los expertos en la publicidad.

Porque insisto en mi criterio de que una cosa es la calificación que el acto en sí merezca de la que derivan consecuencias sobre su ejecución en el futuro, y otra muy diversa la sanción aflictiva que merezcan sus autores. Respecto de lo primero deben ser consideradas únicamente las circunstancias objetivas del acto en sí. Y, una vez determinada la calificación de ilicitud, es obligada la sanción jurídica en términos generales - no punitiva - que implica la abstención o cesación de ejecutar el acto y sus semejantes. Otra cosa es ya llegar a una sanción punitiva en la que jugarán circunstancias predominantemente subjetivas - intencionalidad del agente - sin olvidar otras también objetivas, como pueda ser, por caso, la presumible efectividad del acto.

La ilicitud del acto publicitario deriva objetivamente de su contrariedad a los "principios" del Estatuto, que

se formulan, como se ha repetido, teniendo en cuenta la potenciañidad para engendrar un peligro social. Precisamente esta circunstancia cardinal es la que diferencia específicamente la ilicitud en el ámbito publicitario dentro de la genérica del acto ilícito civil (18).

La reparación que la norma persigue no es - no puede ser - la de un daño. En primer lugar porque éste no habrá llegado a producirse, ni puede determinarse si se produjo en conexión de causa a efecto. Pero además no importa - no puede importar - la culpabilidad del agente. Porque el acto se reprime en cuanto engendra un peligro social sin más (19).

Estas ideas no parecen sin embargo recogerse nítidamente por el Jurado en sus resoluciones. Y así se encuentran unas que calificando el acto de ilícito guardan silencio sobre la necesidad de suspender su ejecución, como si la única cuestión fuera resolver sobre la penalidad que debe imponerse (20), por lo que el Jurado se preocupa de examinar si existe o nó motivo subjetivo para la misma (21). En otras, aún resolviendo sobre la abstención en el futuro de la ejecución no deja de jugar importante papel consideraciones correctivas sobre las puramente calificadoras, incluso pestergándolas en el fallo y

resolviendo en función de aquéllas (22). Lo que produce en suma que en algún caso se confunda la ratio decidendi de la calificación del acto con la fundamentación de la resolución correctiva (23).

Como se ha dicho, en cualquier caso la calificación que se otorgue al acto por el Jurado no produce efecto alguno en orden a la libertad de que gozan los Tribunales Ordinarios en su función que no se recorta, como expresamente afirma la ley, por la instauración del Jurado Central de Publicidad. Afirmación, sin embargo, más tranquilizadora que efectiva, por no decir más formulista y dogmática que práctica, como se tiene ocasión de ver seguidamente.

#### B) Actuaciones jurisdiccionales.-

No hubiera sido necesaria la previsión legal pero no resulta inconveniente que se reiterase de manera expresa que la aplicación de la ley de la publicidad no se sustrae a la jurisdicción de los Tribunales ordinarios.

Las normas fundamentales se contienen en los artículos 64 y 65 del Estatuto, que se refieren respectivamente a la jurisdicción penal y a la civil.

Nada hay que decir, - ni es tampoco de esta



tesis objeto - sobre que sea la jurisdicción penal la que enjuicie "los delitos que se cometan en el ejercicio de la actividad" (art. 64 E.P.), puesto que sólo a ella corresponde la calificación de los actos constitutivos de delito o falta y la imposición de las penas procedentes. Parece, sin embargo, oportuno recordar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 63, la corrección administrativa de las infracciones en materia publicitaria sólo procede cuando no sean constitutivas de delito. Terminante norma legal que excluye la posible simultaneidad de la sanción punitiva. Lo que necesariamente plantea la cuestión de la exclusividad con que se reconoce a los Tribunales penales el conocimiento de la materia que pueda ser constitutiva de infracción penada por la ley que comporta la precedencia absoluta de la Jurisdicción ordinaria sobre la administrativa. Por eso tiene una gran importancia separar los dos aspectos: el calificador y el disciplinario. Siendo ésta potestad la que se pospone a la correspondiente a los Tribunales, no se impide que el Jurado pueda resolver sobre la eliminación o cesación de la actividad contraria a los principios.

Por esa razón no puedo compartir el criterio sustentado por el Jurado en el caso Don Rogelio T. Riverola contra Semana Deportiva en que, reconociendo expresamente

"que los hechos objeto del expediente" podían constituir "un acto ilícito" para cuyo conocimiento la competencia corresponde a los Tribunales ordinarios", resuelve, sin embargo, imponer una multa al autor. Si tal cosa estimó el Jurado debió, en mi opinión, inhibirse en favor de la jurisdicción de los Tribunales, por mandato de lo dispuesto en el artículo 63 del Estatuto.

Respecto a la jurisdicción civil tampoco son posibles las dudas, según el artículo 65, "la violación de los derechos individuales, la contravención de las normas sobre competencia desleal en materia publicitaria y las demás cuestiones de naturaleza civil, se dirimirán ante los Tribunales ordinarios, sin perjuicio de que los interesados puedan previamente someterlas al Jurado de Publicidad".

a) Legitimación activa. - No considero necesario detenerme en las cuestiones que puedan suscitarse en relación a la lesión de los derechos de la personalidad o al cumplimiento de los contratos. Tampoco parece que ofrezca dificultad alguna la norma en lo que se refiere a las cuestiones sobre propiedad intelectual e industrial, en lo que de ésta corresponde conocer a los Tribunales civiles.

Los puntos, a mi entender, fundamentales residen en lo que se refiere a la veracidad y a la lealtad en la competencia.

En cuanto a la veracidad, cabe considerarla desde una doble perspectiva. Desde la estrictamente negocial en virtud del contrato concluido con el anunciante, es obvio que bien se trate de declaraciones unilaterales de voluntad - concurso y promesa - bien de actos que inciden en las declaraciones contractuales o que lo sean ellos mismos a los Tribunales corresponde exclusivamente decidir sobre el nacimiento y cumplimiento de la obligación o sobre la responsabilidad del declarante, sin que se alteren las reglas generales de legitimación activa (24).

Pero si el principio de veracidad se toma aisladamente como norma positiva de nuestro Ordenamiento, surgen las dificultades. Porque ningún precepto ha venido a prever las cuestiones de la legitimación. Entiendo, por lo tanto, que el problema se aproxima los supuestos de pretensión en base a la disciplina de la competencia desleal.

En relación con la cuál pudiera acaso pensarse que, afirmada la disciplina cuando se trata de publicidad en principios de interés público, su aplicación excede el marco

de las actuaciones jurisdiccionales de los Tribunales civiles .  
Con lo que, al preverse en el artículo 65 expresamente su competencia, podría utilizarse como argumento contra aquella concepción que es la que en estas páginas se mantiene. Nada más inexacto sin embargo. No es en modo alguno ajeno al marco tradicional del derecho común el principio de orden público que, por definición, inspira numerosas instituciones del más puro abolengo privatístico. El matrimonio, la familia en general, la tutela y las sucesiones se hallan fuertemente impregnadas de la rigidez que presta su trascendencia a valoraciones medulares de la convivencia social.

La distinción entre derecho público y privado - que ya abandonó, por lo demás, como criterio el interés protegido - muestra cada día con mayor contundencia su carácter artificioso y, en muchos casos, su inutilidad. Y casi siempre su carácter obstaculizador de una visión integradora del Derecho.

Si éste en su formulación positiva es única - mente un criterio de juzgar, por las circunstancias que hacen prevalecer en un momento dado uno sobre otros posibles no se altera la naturaleza del conflicto que se somete al juzgador. Que su decisión valore la tutela de un general interés no obs

ta a que el juicio mismo constituya una actuación judicial en el más genuino sentido.

Y ese quehacer afortunadamente sólo corresponde a los Tribunales de Justicia. Por eso, en los sistemas donde la disciplina de la competencia se conecta a un interés público o, al menos, éste se tiene en cuenta de algún modo, las cuestiones que en base a ella se suscitan no se sustraen al conocimiento de los Tribunales. El ejemplo sin duda más característico y revelador lo constituye el sistema de los Estados Unidos de América, en el que la intervención de la FTC no impide que sean los Tribunales ante los que actúa ella misma como parte quienes conozcan en materia de "un fair competition". Como igualmente ocurre en Alemania y Suiza donde las Asociaciones de consumidores están legitimadas para actuar en base a estas materias con mayor o menor amplitud.

En el fondo, como se advierte, la cuestión es solamente de técnica jurídica. Y en concreto, se resuelve en la legitimación activa para deducir una pretensión ante los Tribunales con fundamento en la disciplina de la competencia desleal.

Claro está, sin embargo, que no por ello se

convierte en baladí. Pues las normas procesales que articulan aquella técnica son en este sentido tan sustantivas y tan eficazmente ordenadoras como todas las demás. Y me parece evidente que una inadecuación de esos medios a los fines que persiguen las normas llamadas sustantivas es capaz de dar al traste con ellos y convertir a éstas en meras declaraciones programáticas, como letra muerta y sin virtualidad.

Realmente, según se configure la disciplina jurídica de la competencia desleal como protectora de un derecho subjetivo a la lealtad en la competencia o como tutela del bien jurídico de la competencia en sí, deben variar los sujetos que se consideren activamente legitimados. Sólo lo estarán en el primer caso quienes sean titulares del derecho subjetivo, mientras que en el segundo lo estarán todos cuantos ostenten un interés a que la competencia se mantenga en los límites de la lealtad.

Pero, en suma, insisto en creer se trata de un problema de técnica jurídica en cuanto adecuación de medios a fines. Porque configuran la disciplina jurídica de la competencia desleal en materia publicitaria como protectora de un público o general interés no lleva de suyo insoslayablemente a considerar legitimado a cualquier miembro de la comunidad para

deducir una pretensión procesal en base a la misma.

No me parece extravagante sostener que en tales sistemas son necesarias ciertas correcciones que impidan consecuencias no deseables sin por eso impedir que efectivamente desplieguen toda su eficacia desde sus propios planteamientos. Porque también aquellos sistemas que, situados en el polo opuesto - como el italiano -, están apegados a una consideración privatística de la disciplina de la competencia desleal, han debido atender a los fenómenos de la vida práctica introduciendo correcciones que de algún modo tienden a ampliar el círculo de los activamente legitimados. Sea porque se estima amenazada con el acto una entera categoría profesional sea porque se corrija de hecho mediante una larga valoración de lo que constituyen los presupuestos de la situación concurrencial.

En efecto, una indiscriminada amplitud de la legitimación sería desorbitado desde un doble punto de vista. En primer lugar porque se atentaría seguramente al principio de economía procesal. En segundo término porque se rebajaría la función de los Tribunales que, por actuaciones temerarias, se convertirían en oficinas de control de calidad o de expedición de certificados legitimadores de una actividad concurrencial, siendo en cualquier caso el mejor altavoz de resonancia

cias en la publicidad de quienes obtuvieran sentencia favorable.

Que ciertas correcciones a tan exageradas consecuencias son imprescindibles no puede dudarse tampoco en base al principio de legitimar a quién ostenta interés legítimo, personal y directo. Pues si bien cualquier ciudadano es portador de un legítimo interés, no creo que pueda sostenerse que lo sea personal y directo, puesto que al deducir su pretensión ya está evidenciando que a él no le afectaría personal y directamente la deslealtad o falacia que pretende combatir.

La cuestión entonces reside en encontrar el cauce idóneo de representación de ese público interés. No es por lo tanto un condicionamiento del principio que comporte una reducción del círculo de los legitimados. Es que simplemente con el exceso propuesto no se alcanzan los fines perseguidos, siguiéndose, por el contrario, unos efectos que por perniciosos deben ser evitados. Insisto en sostener que el problema no es de limitación sino de adecuación de los medios a los fines que inspiran las normas.

Y en este sentido, dos son los sistemas vigentes en el derecho comparado. El de Alemania y Suiza en donde se encuentran legitimadas las Asociaciones de consumidores



- en el primero para los supuestos de publicidad engañosa - y el de los Estados Unidos de América en donde se confía la tutela del interés público a la Federal Trade Commission ( FTC ) que actúa como parte ante los Tribunales.

Pues bien, nuestro Estatuto guarda absoluto silencio sobre tan importante cuestión. Y estableciendo un Crga no como la Junta Central, no ha querido sin embargo utilizarla como cauce para la representación del público interés dotándole de legitimación para actuar ante los Tribunales, cosa que, en mi opinión, hubiera valido la pena, siempre desde luego que en su composición se hubiera dado entrada a los consumidores. Pero es que la ley ni siquiera se plantea estos problemas de la legitimación activa que por lo tanto quedan sin resolver, y que tendrán que remiñirse necesariamente a lo dispuesto con carácter general en nuestro Ordenamiento.

Y es el caso que la actuación ante los Tribunales civiles por competencia desleal se reconduce de modo general - al igual que en Francia - al ámbito del ilícito civil, con lo que parece evidente que sólo estará legitimado activamente quien soporte el riesgo de la deslealtad como ataque a un derecho subjetivo privado. Es de esperar, sin embargo, que una mayor efectividad de las Asociaciones de consumido-

res y una progresiva jurisprudencia creadora inspirada en la ratio determinante de la disciplina de la publicidad en el Estatuto permitan que nuestros Tribunales las consideren como representantes del interés general que se arriesga con una publicidad desleal o falaz. Encontrando los consumidores por esta vía de la interpretación jurisprudencial la tutela efectiva que la ley quiere dispensarles aunque haya marginado el instrumento adecuado para obtenerla, y en completa independencia de intereses particulares y "profesionales", muy respetables desde luego, pero muy poco imparciales.

De no ser así habrá que concluir que el Estatuto - siguiendo tantos y tan variados ejemplos en nuestro país - se inscribe programáticamente en la órbita de los más avanzados sistemas para tener que resolverlos sin embargo en la práctica por los cauces menos progresivos y más cuestionables. Corvirtiéndose lo que pudo ser un ejemplo para los sistemas continentales europeos, por una desgracia e injustificada laguna en una letra muerta que mantiene la cuestión en términos semejantes a los sistemas que se reconocen como más inadecuados a las actuales circunstancias.

b) Legitimación pasiva. - No puede eludirse en este análisis

lo relativo a tan importante tema. Porque en publicidad suele ser frecuente una relación triangular que comporta la intervención de tres sujetos en la comisión del acto. Junto al anunciante se encuentran la agencia y el medio.

Dentro del orden civil esta pluralidad de autores del acto tiene indudablemente unas consecuencias por lo que se refiere a la legitimación pasiva en los supuestos de incompetencia desleal y de responsabilidad extracontractual.

También guarda silencio en este punto el Estatuto al referirse a la actuación ante los Tribunales. Pero si se tiene en cuenta que en el acto publicitario ilícito no juega papel alguno la intencionalidad del agente parece que en todo caso estará legitimado pasivamente el anunciante, puesto que el acto ha sido ejecutado siempre en su interés.

Muy diferente es el supuesto de que se interponga una acción de resarcimiento del daño efectivamente soportado por el actor. Porque entonces si es menester individualizar al causante del daño por su intervención culpable.

En relación en este caso, se encuentra en el Estatuto el artículo 25 que textualmente dice. "Los sujetos de la actividad publicitaria no podrán pactar cláusulas de exoneración, imputación o limitación de responsabilidad de los daños

que puedan producirse a terceros como consecuencia de una campaña publicitaria".

El sentido último de la norma no es fácil de descubrir. Porque, a mi juicio, peca la ley de asistematismo. En efecto, el artículo 25 se integra en el Capítulo I del Título IV que trata de las "disposiciones generales" relativas a los contratos publicitarios.

Las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad suelen ser frecuentes en ciertos contratos mercantiles que por las circunstancias del tráfico tienen a dar la mayor fijeza posible al riesgo económico que cada parte asume. Tales cláusulas surten sus efectos inter partes, ésto es, suponen exoneración o limitación de la responsabilidad típica que deriva de la posición de cada parte frente a la otra en el contrato.

Pero el artículo 25 del Estatuto se refiere a la responsabilidad que por virtud del acto publicitario puede surgir frente a terceros. Y consiguientemente es claro que no puede interpretarse como prohibitivo de la limitación de tal responsabilidad, puesto que suponiendo un perjuicio para quienes no han sido parte en el contrato, siempre - aunque no existiera el precepto - quedarían éstos protegidos a virtud del principio general

formulado positivamente en el artículo 1.257 del Código civil.

Si se quiere - como me parece obligado - salvar el artículo 25 de la inutilidad sólo puede interpretarse situando su finalidad en el plano del mecanismo por el que se hace efectivo el resarcimiento del daño en atención precisamente a la pluralidad de sujetos intervinientes en la ejecución del acto dañoso.

En este terreno tienen además pleno sentido los tres términos que el precepto utiliza de "limitación", "imputación" y "exoneración". Lo que la norma persigue es que ni en todo ni en parte pueda exonerarse de la responsabilidad frente a terceros ninguno de los sujetos que participaron en la comisión del acto. No puede en modo alguno referirse al verdadero culpable sólo, prohibiéndole que se exonere de la responsabilidad en todo - imputándola a otro - o parcialmente - limitándola - , puesto que, como he dicho, el precepto se hace inútil. Se trata de que ninguno de los sujetos - sea o no culpable - puede ni imputarse a sí mismo la responsabilidad, ni imputarla en todo a otro - exonerándose a sí mismo -, ni en parte - limitándola individualmente por un reparto entre todos -. Lo que en suma implica la imposición de la solidaridad frente a terceros (25).

Son tres los sujetos que normalmente intervienen en la ejecución del acto. Evidentemente, el anunciante es aquél en cuyo interés se ejecuta y por quién se produce consiguientemente la actividad que lesiona un bien que se estima tutelable. Si nó se olvida la circunstancia de que la publicidad tiene relieve en cuanto el peligro social que genera por sí misma, se comprende que en todo caso alcance al anunciante la responsabilidad por el daño efectivamente causado por la peligrosa actividad que en su interés se llevó a cabo, cuando no observó el deber de diligencia debido para evitar el peligro (26).

Porque eso es así, la ley no cree necesario aludir a la responsabilidad del anunciante bastándole con lo que establece en el artículo 25. Pero los problemas o las dificultades podrán surgir en relación con la responsabilidad de la agencia y del medio. Y para aclarar cualquier duda que pudiera albergarse, el Estatuto dicta la norma que se contiene en el párrafo primero del artículo 26. Que, en mi opinión, es argumento definitivo que corona la interpretación del artículo 25 que aquí se sostiene. Porque imponer a las agencias y a los medios el deber de "rechazar toda publicidad que esté en contradicción con lo dispuesto en este Estatuto o en las

Leyes o de la que pueda resultar daño o perjuicio para terceros", es imponerles un especial deber de diligencia en el desempeño de sus específicas actividades, cuya inobservancia, que se produce por su mera participación en el acto dañoso - que debieron evitar -, determina la responsabilidad (27).

Ahora bien, considero indispensables ciertas matizaciones dados los términos amplios en que se expresa el artículo 26. Si el deber de diligencia se impone en consideración a la actividad "profesional" de medios y agencias, el parámetro no creo que pueda ser el mismo para unos y otros sujetos porque precisamente es muy diversa la cualidad "profesional" y debe serlo por consiguiente el riesgo que ello comporta. Porque me parece decisiva en este terreno la intrínseca naturaleza de la función de las agencias que consiste en una cooperación estrecha con el anunciante para la instrumentación de su publicidad. Lo que supone que conoce todas las circunstancias que concurren en la actividad principal del anunciante, considerada aisladamente y en sus relaciones en el mercado, y que debe conocer todos los límites que a la publicidad se imponen. La no intervención del medio en la instrumentación técnico-publicitaria del mensaje creo que reduce considerablemente su riesgo profesional que no puede partir de la exigencia

de que el medio investigue caso por caso hasta dónde se han respetado las leyes o en qué medida se respetan los derechos ajenos o se puede lesionar a los terceros. Máxime además cuando el "principio de autenticidad" obliga a distinguir con toda claridad lo que es opinión del medio de lo que es pura opinión de los anunciantes y agencias que utilizan sus espacios.

De lo expuesto me parece que podemos deducir el principio de la solidaridad de los sujetos en su responsabilidad por el acto publicitario causante de un daño. Sin que ello quiera decir que se derogue el principio mercantil típico de repetición contra el verdadero culpable. Porque en el ámbito interno, la culpabilidad se medirá diversamente no sólo en atención a las concretas circunstancias sino también a las abstractas que deriven del diferente deber de diligencia que pesa sobre cada uno. Y que, en principio, agrava la responsabilidad de las agencias.

Sucede sin embargo que la finalidad perseguida por las normas se consigue a través de la formulación poco afortunada de la prohibición de cláusulas contractuales que impidan al tercero lesionado dirigir su pretensión contra cualquiera. El recurso a este expediente técnico encierra el peligro de que se confundan el ámbito interno y el externo de la



responsabilidad, que son cosas diversas que debieron tratarse separadamente. Porque, si en efecto el artículo 25 no impide - sino al contrario - en una interpretación correcta que en el ámbito interno se repita contra el verdadero causante del daño, no existe en principio razón para que las partes determinen libremente lo que estimen oportuno sobre la asunción del riesgo que a cada una corresponda. Acaso también por estimar las dificultades que encierra calificar las cláusulas modificativas de la responsabilidad, haya optado la ley por la fórmula que expresa el artículo 25. Pero sin pensar que aquellas dificultades se conectan ante todo a los pactos que modifican la responsabilidad por las circunstancias del cumplimiento de las obligaciones contractuales inter partes. Porque, en principio, ninguna dificultad surge cuando se trata de alterar la responsabilidad frente a terceros. Precisamente, atendida la función de las agencias, hay que pensar que el anunciante recurre a ellas por su condición de expertas en la materia que se alivian de las cargas que representa convertirse él mismo en experto. Y, sinceramente, no acierto a explicarme la razón por la que el anunciante no pueda descargar sobre la agencia en cualquier caso toda la responsabilidad que derive de la actividad publicitaria que en condición "profesional" instrumentó para él.

Desde estas consideraciones, me parece que caben dos posiciones respecto a lo que dispone el artículo 25 del Estatuto. Una es la de estimar que sólo se refiere al ámbito externo de la responsabilidad, por lo que debe interpretarse sólo por su finalidad que no puede llevar a declarar nulas las cláusulas que se establezcan sobre la repetición de unos sujetos contra otros. La otra posición estaría en sostener que el artículo 25, pensado para el ámbito externo de la responsabilidad, formula su regla acudiendo al expediente de que sólo en el ámbito interno responde el verdadero causante del daño que es lo que a contrario puede deducirse del precepto. Pero nada más, sin que se prejuzgue quién o cuál de los sujetos deba estimarse que es ese verdadero causante. Lo que permitiría interpretar que por virtud de las circunstancias profesionales de la agencia, es ella, cuando instrumentó técnicamente el acto, quién responde frente al anunciante siempre que éste haya actuado en sus relaciones con la agencia bajo las reglas de la buena fé que vienen rigurosamente exigidas en atención a la calidad de la colaboración entre ambos, y siempre, claro está, que la circunstancia causante de la responsabilidad sea de las que es exigible prever a la agencia por razón de su condición profesional.

c) Contenido de la pretensión y procedimiento.- Cuestión fundamental en esta materia que se analiza es la relativa a cuál puede ser la pretensión que se deduzca ante los Tribunales civiles y cuál es el procedimiento adecuado.

Naturalmente que también ahora es menester diferenciar de entre los actos publicitarios ilícitos - que potencialmente son dañosos- de los que han causado un daño efectivo .

Tampoco vamos a detenernos ahora, porque no ofrecen ninguna especialidad, en supuestos que no sean de deslealtad en la competencia o de publicidad falaz.

Y es indispensable tener siempre a la vista que esos actos se caracterizan fundamentalmente por su potencialidad para causar un daño y no porque éste ya se haya producido.

Es lo que básicamente le diferencia del supuesto del ilícito civil previsto en el artículo 1.902 del Código civil. Sin contar desde luego con la exigencia de la culpabilidad del agente, que en esta materia de competencia se sustituye por la medición del alcance objetivo de su propia potencialidad.

Por lo tanto, no creo que sea menester repetir ahora lo que ya se dijo más arriba sobre que la satisfacción

del orden jurídico violado se obtiene por la cesación o eliminación del acto desleal antes que por la separación del daño a través de una indemnización.

La cuestión sin embargo no es tan simple. Por que en primer lugar cabe preguntarse si debe ser necesario que el acto se haya producido o es suficiente que exista el peligro o la amenaza de que vaya a producirse. Y, aunque independiente pero conexo en cierto modo con lo anterior, en segundo término no surgen dudas sobre si es posible una pretensión de que cese o se elimine el acto desligada de la tendente a una indemnización por el daño.

Estas cuestiones son las que tienen abordadas los sistemas de Derecho comparado que las resuelven diversamente, siendo en este punto también el más progresivo el sistema alemán que, además de distinguir entre pretensión de cesación y de eliminación, según se haya o no producido el acto desleal, desliga la acción de la que pueda corresponder por virtud del daño efectivo. Y, con mayor o menor énfasis, todos los demás países miembro de la CEE caminan por esa dirección, con la excepción de Francia que en este punto sigue la vieja tradición del acto ilícito civil. Si bien los Tribunales franceses palián en lo posible los efectos del sistema acudiendo a verdaderas

ficciones aptas para fundamentar la existencia del perjuicio (28).

Pues bien, frente a toda esta problemática, decisiva como se advierte para la eficacia plena de la disciplina jurídica de la competencia desleal, y que traducida positivamente en los sistemas extranjeros es ampliamente conocida por la Dogtrina y la jurisprudencia, encontramos el más absoluto silencio de nuestro Estatuto,

Lo que desafortunadamente supone reconducir la cuestión a las normas generales sobre el ilícito civil que es, en principio, cauce estrecho para satisfacer plenamente las exigencias de la hora presente. De este modo, pienso que no va a ser posible admitir en nuestro sistema una acción de cesación como previa a la comisión del acto que debe ser enjuiciado, pero además que la que con terminología importada pudiéramos llamar acción de eliminación se vincula a una pretensión dirigida a la indemnización.

Sólo, pues, de una jurisprudencia progresiva depende en último término la virtualidad de la disciplina que el Estatuto contiene desde sus propios criterios y valoraciones. Sin desconocer el obstáculo que para estas últimas puede suponer la recepción en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo del concepto de los daños morales cuando se trata del crédito

comercial (29), que, en mi opinión, debe admitirse sólo en la medida en que aquellas valoraciones lo consientan, creo que puede abrigarse la esperanza de que se producirá esa jurisprudencia creadora cuya orientación se advierte, por caso, en haber admitido que es posible la acción en base al artículo 1.902 del Código civil que se dirija a obtener el reconocimiento de la ilicitud del comportamiento del ofensor (30).

Todo ello sin perjuicio, como es natural, de la acción que pueda deducirse en reclamación de indemnización por el daño que efectivamente se haya soportado, que debe atenerse a las normas generales.

También guarda silencio absoluto el Estatuto sobre el procedimiento en que se desenvuelve la pretensión. Cosa que parece lógica al no haberse resuelto nada sobre su posible contenido. Aunque acaso por este camino se hubiera remediado en parte tan injustificada laguna.

Porque si importante es lo relativo al contenido de la pretensión no lo es menos decidir el procedimiento en que debe deducirse. Que naturalmente no puede ser sino el que corresponda con arreglo a las normas de general aplicación.

Cosa que se compadece muy difícilmente con las exigencias que derivan de la misma realidad. Puesto que

en esta materia el factor tiempo juega un papel decisivo<sup>6</sup> que no debió olvidarse si nó q'iería correrse el riesgo de la ineficacia del sistema.

Que es la razón que ha estado presente en el Derecho comparado para reconocer, de uno u otro modo, un procedimiento de urgencia, configurado como tal, por el recurso al conjunto de medidas provisionales cautelares admitidas con carácter general o específicamente introducidas para los su puestos de la deslealtad (31).

Vinculadas en nuestro Derecho las medidas provisionales cautelares a garantizar la eficacia de una ejecución, se configuran taxativamente como dirigidas a garantizar prestaciones de índole patrimonial, haciendo por lo tanto imposible que pueda acudirse a ellas como cauce para obtener, al menos provisionalmente, que no vuelva a ejecutarse el acto publicitario que se reputa dañoso.

Creo, por consiguiente, que la reserva que el artículo 65 del Estatuto establece se convierte en un puro formalismo que o carece de trascendencia práctica o puede deteriorar paradójicamente las ambiciosas finalidades que inspiran la disciplina que el mismo Estatuto establece para la publicidad.

Cuestión trascendental es la relativa al onus probandi en el proceso. Como es sabido, el artículo 8º del Estatuto dispone su inversión. Pero, como es natural, con referencia al principio de veracidad. Hay que reconocer que es en relación a él cuando se presentan las dificultades de la prueba. Sea en supuestos específicos de publicidad falaz, sea en supuestos de deslealtad por denigración o descrédito.

En realidad, no creo que la introducción de la regla choque con lo que se viene reconociendo en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que ha interpretado muy progresivamente la norma del artículo 1214 del Código civil (32). En los supuestos específicos de publicidad falaz no creo que ante el Tribunal pueda prosperar cualquier pretensión no fundamentada en pruebas que de algún modo delimiten "el estado normal de las cosas o situaciones de hecho", ésto es que permitan una cierta presunción del hecho de la falacia. Adquiere entonces singular importancia toda la técnica y la práctica de lo que se conoce como warentest. Que no es sino el conjunto de información objetiva y desinteresada sobre bienes y servicios del mercado (33). No puede silenciarse que en este punto la intervención de la Junta Central hubiera podido ser de extraordinario relieve, bien por habérsela facultado para una tarea de certificación de los hechos mediante una investigación



previa bien incluso - de modo más perfecto - por habersele legitimado para ser parte en el proceso.

Es claro que frente a la pretensión del actor fundada en la falacia acreditada en lo que puede quedar a su disposición, al demandado corresponde aportar la prueba de la veracidad, que impide la reclamación.

En los supuestos de deslealtad por denigración, no cabe duda que la veracidad actúa como verdadera y propia exceptio. De modo que al actor bastará aducir el hecho de la denigración y de la competencia para que esa apariencia de la situación pueda estimarse mientras el demandado no pruebe que no existe el descrédito por estar amparado por la veracidad de sus mensajes.

### III - CRÍTICA DEL SISTEMA LEGAL

En realidad al tratar en las páginas anteriores de que considero directrices o ejes del sistema instaurado por el Estatuto, creo que se han delineado las cuestiones que ahora pueden recogerse aquí para formular un juicio crítico sobre el mismo, que me parece sin embargo indispensable.

Lo primero que debe merecer atención es la tajante diferenciación que se observa entre la actuación adminis

trativa y jurisdiccional. Lo cuál, en principio, no plantearía mayores dificultades sino fuera porque a la última se la deja huérfana de toda regulación que viene exigida por la nueva y progresiva comprensión del fenómeno publicitario que preside la normativa legal.

En efecto, no puede sostenerse que el Estatuto deje de considerar un solo momento la publicidad por su trascendencia en múltiples sectores de intereses que se jerarquizan además en la ley al formular los "principios" que impone como especial disciplina.

Si a ello se unen que el Estatuto se promulga - pese a su equívoca y desafortunada denominación - como Ley votada en Cortes, que evidencia su voluntad de eficacia general ordenadora, y la escasez de una regulación jurídica que afecte básicamente a la competencia desleal, sin duda en razón de circunstancias socio-económicas diversas, creo que cabría esperar que el Estatuto mismo supusiera un punto de partida básico para una definitiva incardinación de su disciplina y de sus principios en el sistema general de nuestro Ordenamiento. Que avanzaría además de este modo y en algún aspecto a la vanguardia, pero en la misma dirección que la que orienta los vigentes en otros países, que no pueden ser marginados de los horizontes en los que

España se mueve y se moverá.

La misma ley debería haber desarrollado hasta sus últimas consecuencias la lógica de sus principios e inspiraciones, adecuando los instrumentos de la técnica jurídica para el mejor cumplimiento de su finalidad. Lo que supone desde luego mantener la aplicación de las normas en el ámbito de la jurisdicción de los Tribunales de Justicia

Sin restringir en principio esa jurisdicción, la ley ha optado por configurar un procedimiento administrativo para la calificación del acto publicitario y para la represión del que sea ilícito.

La cuestión no pasaría de ser una más a añadir a la infatigable arrogación de competencia de la que la Administración no parece saciarse. Pero es que no me parece que sólo se trate de eso, sino de algo, en mi opinión, más profundo.

Porque, a mi juicio, es incluso el mismo procedimiento administrativo que se establece el que se hace problemático cauce de la correcta aplicación de la disciplina jurídica.

Yá la composición de la Junta Central pone de manifiesto que se trata de un Órgano cuya naturaleza administrativa deriva casi exclusivamente de la voluntad legal de declar

rarla jerárquica y funcionalmente en dependencia de la Administración. Pero no ciertamente de su composición que impide que en la Junta se reconozca el Órgano gestor y garante de los intereses generales y en definitiva del bien común.

Según el artículo 4º de la Orden de 30 de Enero de 1.965 sobre constitución de la Junta Central, de sus sesenta y cinco miembros como máximo, sólo a lo más veinte - que pueden reducirse a catorce - representan a la Administración, siendo en todo caso cuarenta y cinco los "profesionales" que son llamados a la Junta, y en la que permanecen por la designación del Sindicato Nacional correspondiente a excepción de la representación de los anunciantes a los que les designa su propia Asociación. Designaciones que se hacen por elección directa de los sectores interesados. Con lo que si el Órgano como tal se coloca en dependencia de la Administración, cuarenta y cinco de sus miembros ni son funcionarios ni dependen de una designación administrativa.

Pero, como ya se señaló, queda fuera de su composición además una representación de los verdaderamente afectados por la publicidad, los consumidores. Cuyos intereses son paradójicamente colocados en el vértice de la disciplina que la ley contiene. Y que con una presencia al menos equilibrada

con los de los sectores interesados hubiera convertido a los representantes de la Administración en verdaderos árbitros de la situación en la Junta, y a ésta en Órgano eficaz de los intereses generales.

En la actual composición de la Junta Central realmente no puede decirse que la actuación de impulso del procedimiento ante el Jurado sea una iniciación de oficio en el sentido propio, en cuanto decisión de un Órgano gestor del interés público. Sólo la solvencia moral de las personas que la integran pueden salvarla - como hasta ahora ocurre - de maniobras obstruccionistas que impidan o traten de impedir una rigurosa aplicación de la disciplina jurídica de la publicidad. Pero ya se advierte que por importante que en todo caso sean los hombres la ley debe prevenir los instrumentos más adecuados objetivamente a los fines que se propone.

Pero además, esta mínima actuación de la Junta Central en el campo de la aplicación de la disciplina jurídica, pone en evidencia, a mi juicio, la escasa trascendencia que la ley le ha otorgado en esta materia capital, que, por mi parte considero que justificaría plenamente su institucionalización siempre que su composición fuera adecuada. Efectivamente, casi con seguridad - no puedo afirmarlo por el secreto que rodea sus sesiones - que en su seno se discutirá si la denuncia re

cibida en el caso concreto - siempre existe denuncia aunque actúe por su propia iniciativa, puesto que entonces será alguno de sus miembros quién la haya formulado - debe trasladarse o nó al Jurado, pero ha de advertirse que a la Junta no corresponde ninguna actuación en torno a una constatación de los hechos o a una previa calificación que centre la cuestión litigiosa. Ello solamente corresponde al Jurado que llama al denunciado y al denunciante si lo hubiere que son entre quienes se ventila el expediente.

De lo que se puede concluir que ni siquiera por su actuación en este orden la Junta Central puede reconocerse como el Organo que defiende un interés general en la calificación del acto publicitario que determina las consecuencias sobre su represión. Cosa a la que, aunque deficientemente por su composición, podría haber sido llamada, reforzando su carácter de Organo que pretende una aplicación de la disciplina jurídica desde las valoraciones que la presiden, más que el carácter que en realidad prima de Organo que aglutina una representación de las categorías profesionales afectadas por las medidas que puedan adoptarse en materia publicitaria. Carácter éste que es sin duda el prevalente - y único puede decirse - , como se refuerza al recordar que la ley dejaba fuera de la Junta a los anunciantes (cfr. art. 60 E.P.).

Todo lo que se ha dicho puede aplicarse al otro Organo fundamental que es el Jurado Central de la Publicidad . Y si cabe, con mayor énfasis tanto por su carácter de pieza clave en el procedimiento como porque se agrava la cuestión en vista del procedimiento de designación de sus miembros. Que corresponde a la Junta Central, cuya abrumadora mayoría de "profesionales" está señalada, y que, según el tenor de los artículos 62 del Estatuto y 5º del Reglamento del Jurado (O.M. 7 de Abril de 1.965), puede, incluso, seleccionar a todos los miembros de entre los profesionales propuestos por el Sindicato, puesto que la exigencia de que lo sea la mitad de los componentes se impone como mínimo.

También ahora es de justicia señalar que el buen sentido de las personas ha impuesto un buen criterio. Incluso como para mantener en la Presidencia del Jurado a un representante de la Cátedra., al que con toda seguridad se deben los logros de lo hasta ahora actuado. Pero, aparte de que su sola presencia en concreto, no obstante su autoridad, difícilmente se equilibra con la de los demás interesados o alejados de una actividad tan cualificada, es menester insistir en que debe ser preocupación de la ley arbitrar el instrumento adecuado. Y al configurar el Jurado como lo hace creo que puede

pensarse que no acierta desde luego a desarrollar congruentemente los fundamentos que ella misma coloca a la base del régimen jurídico sustantivo de la publicidad.

Se advierte implícitamente un criterio de reducción del fenómeno publicitario al campo de los intereses particulares de quienes en él participan activamente. Frustrándose radicalmente por el mecanismo previsto para su aplicación la finalidad que las normas persiguen.

No resisto la tentación de señalar que ello me parece reflejo de una mentalidad tan errónea como extendida que seguramente estuvo presente en el ánimo del legislador. Me refiero a considerar independiente y aisladamente fenómenos sociales que por definición, y fuera de una visión simplista, están siempre mutuamente condicionados. Como ilustración puede valer el recuerdo de lo que ocurrió entre nosotros alrededor de la publicación de la ley de prensa o de la tocante a la clasificación de materias reservadas. El sector profesional de la información se inquietó - cosa lógica - pero en forma para mí absolutamente injustificada, como si aquello fueran cuestiones que sólo a él afectaran, cuando la realidad es justamente contraria. El sector se ve afectado en la medida que lo es el derecho a la información que pertenece a los miembros de la comunidad.



Que por medio de la publicidad se produzca un acto desleal que induzca a confusión, o que constituya un su puesto de publicidad falaz, o que se desvirtúe la función informa tiva de los medios de comunicación social, o que se atente al de ber general de respeto a la persona, o a la legalidad legítima da por el consenso social, o que se contravenga el orden públi co económico o las buenas costumbres, es algo que no interesa a las agencias y a los medios sólo. En modo alguno. Las per sonas físicas que están detrás se ven afectadas por su condición de miembros de la comunidad, y en cuanto tales agencias y me dios, precisamente, el hecho de estar su actividad comprometida les descalifica para ser portadoras del interés general.

En mi opinión, establecer en normas de ley formal una disciplina jurídica de la publicidad y entregar su apli cación a un Jurado como el instaurado por el Estatuto que actúa a impulso de una Junta de las características conocidas, es dar ocasión a un proceso de degradación de las normas hasta convertirlas en piezas de un código moral o deontológico. Y su pone desde luego introducir un factor de perturbación en la se guridad jurídica y malograr un ambicioso régimen de los con flictos a escala social, que en muchos aspectos son vitales pa ra el hombre de nuestros días. Para cualquier hombre. Para

todo hombre.

La ley traiciona su inspiración certera y su vocación reguladora general. Y en este punto de capital importancia parece que únicamente pretende dotar a la Administración del instrumento jurídico oportuno para que ejerza su actividad típica de fomento en la organización de las categorías profesionales, y su potestad inspectora y de control sobre la actividad reglamentaria y disciplinaria que desplieguen esas categorías. Que se verá necesariamente reforzada al tomar prestada la autoridad que deriva de las dependencias administrativas establecidas - con valor desde el general interés más simbólico que práctico justamente por esa finalidad -, y por el expreso reconocimiento de la ley a los órganos de las categorías profesionales de la facultad de imponer un comportamiento determinado en la actividad publicitaria.

Pero eso es, en suma, consagrar un régimen de autocontrol o autoreglamentación, con toda la autoridad que se quiera, pero que no debe ocultar su peculiar fisonomía.

Creo que la composición de la Junta Central, su actuación, la composición del Jurado Central, el respeto que inspira la denuncia ante la Junta de tres "profesionales" - que, no importa, insistir que fué el único caso en que se apreció temeridad -, la interpretación que el Jurado viene realizando de la disciplina y el sentido que por sí mismo tiene como especie de

Tribunal de Honor, y tantas otras cosas son todas ellas muestras o señales de esa incorrecta consideración de principio.

Nada más lejos de mi intención que infravalorar los regímenes de autocontrol. Por el contrario, estimo que cumplen una función inapreciable. Pero dentro de sus límites, que son muy diversos a los que marcan los confines de un sistema de legalidad que es el que instaure el Estatuto, y que puede malograrse por esta confusión que se introduce entre ambos sistemas.

Porque si un Jurado de profesionales puede rendir útiles servicios desde la óptica de la autoreglamentación no puedo sino expresar mi reserva a que sea el indicado para una correcta aplicación del derecho, Y ello es lo que exige fundamentalmente la disciplina jurídica instaurada en la ley de 11 de Junio de 1.964. Que precisamente por su novedad y su progresiva inspiración exige una ponderación, exquisita no sólo de sus propias normas sino de su contenido en relación con todas las que constituyen el "único" Ordenamiento positivo.

Las reservas no me vienen impuestas sólo por el fruto de la experiencia - que aunque corta, parece suficiente - sino, sobre todo por la consideración de principio de la falta de independencia de los Organos que deben aplicar la disciplina, y del carácter de legos, que sus miembros tienen.

La ley de la publicidad no tiende a que llegue a decentarse un uso o un standard de conducta que se estime deseable. Impone una normativa que debe aplicarse rigurosamente desde criterios jurídicos. Que es la función que corresponde a los Tribunales de Justicia, a los que seguramente serán muy útiles las valoraciones de los hechos, prácticas y conductas que se realicen desde las categorías profesionales, pero que fundamentalmente intentan aplicar las normas en el sentido más apropiado para que, surtiendo toda su eficacia, se resueiven los conflictos en la forma más aproximada posible al ideal de justicia.

Y no creo que valga argüir que el Estatuto deja a salvo la jurisdicción de los Tribunales. En primer lugar porque ello no resta un ápice a cuanto sostengo hasta aquí. Porque ya he dicho que, en mi opinión, el reproche a la ley no está fundamentado tanto en que prevea un procedimiento administrativo cuanto en el procedimiento establecido en sí.

Y en segundo lugar porque creo que ya se habrá advertido el platonismo de la reserva de la jurisdicción. Puesto que en este aspecto capital los silencios del Estatuto refuerzan la teoría de que sólo ha preocupado al legislador lo relativo al procedimiento híbrido que se prevé ante el Jurado.

A la vez que esos mismos silencios convierten o amenazan con convertir en letra nuestra disciplina jurídica al resultar sumamente inadecuado los cauces generales para su aplicación por los Tribunales. Lo que no puede negarse que indirectamente supone una cierta coacción hacia el procedimiento ante el Jurado con desvío de la jurisdicción ordinaria, máxime teniendo en cuenta que al Jurado se somete velis nolis el denunciado por el mero hecho de la iniciación del procedimiento, al que lógicamente acudirá cualquier denunciante con preferencia a los Tribunales.

Cierto que es posible que sucesiva o simultáneamente conozcan éstos sobre la misma cuestión. Lo que podría suponer una decisión de signo diverso. Pero hasta tanto se obtenga la sentencia habrá transcurrido tiempo suficiente como para que haya surtido efecto la resolución del Jurado y carezca ya aquélla de cualquier interés.

Y en este punto precisamente creo que se plantea una cuestión de la mayor trascendencia práctica. Porque no puede olvidarse que en la actualidad una programación publicitaria exige un considerable desembolso y una estimable inversión de tiempo, del mismo modo a como hay que tener presente que el grado de tecnificación alcanzado permite predecir, den

tro de ciertos límites, el fruto que razonablemente puede esperarse, que se verá con seguridad comprometido con una súbita o extemporánea suspensión.

Por lo mismo no es inoportuno hipotizar sobre el supuesto de que en base a una decisión del Jurado se haya producido la paralización e incluso una sanción que posteriormente se ve que no estaba justificada según el criterio del Tribunal civil. Siendo igualmente pensable la hipótesis contraria.

La solución no es en modo alguno fácil. Y para mi criterio, acaso en esta situación resplandezca luminosamente el peligro que entraña la sanción legal de un sistema de autocontrol. Pues sin ella, quién se sintiera injustificadamente lesionado por una decisión de los Organos de su categoría profesional siempre tendría el recurso que le brinda el abuso de poder y los límites a la obligatoriedad de aquellas decisiones (34). Cosa que parece imposible ahora sin que me parezca que pueda remediarse la situación a través de la revisión que compete a la Jurisdicción contencioso-administrativa que desde luego se hace imprescindible en todo caso, por las razones que se deducen de cuanto en su lugar expuse, que se robustece después del precedente análisis. Sin embargo es evidente que en el supuesto de contradicción entre la decisión del Jurado y la del Tribunal pre

valece ésta última con todas sus consecuencias.

De este modo, en cuanto a la calificación del fondo, la revisión es posible por el recurso a los Tribunales civiles. Y en cuanto a las sanciones que aquella calificación hubiera producido, la revisión se produce por la vía contencioso administrativa.

No es posible para nosotros aceptar la teoría sustentada por el Giuri italiano en el primer fallo que decidió en virtud de la aplicación del Codice della lealtà pubblicitaria (35), en el que se planteó esta cuestión de coexistencia de competencias. Sostuvo el Giuri que pueden coexistir por el diverso ámbito en que se producen las consecuencias de su actuación. El de la ética profesional es el campo del Jurado. Y aunque un Tribunal resolviera en contra de lo que aquél decidió siempre quedaría a salvo el valor ético de esa decisión.

Y no es posible compartirla por la simple razón de que en España el régimen no se impone con valor jurídico derivado de unos pactos sino de una ley. Y el Jurado no tiene por función constituir reglas de conducta profesional sino aplicar las normas jurídicas que disciplinan el fenómeno publicitario. Y en Italia al no existir esa disciplina separada de la de la competencia desleal es de prever que el Jurado y

el Codice cumplan una gran función al enjuiciar más severamente la publicidad que los mismos Tribunales. Pero no es ese el caso de nuestro país. En el que una aplicación parcial de la especial disciplina establecida por una ley permite suponer indispensable la intervención de los Tribunales.

Pero me parece que estas razones son suficientes para abonar la opinión de que de hecho se sustrae a los Tribunales el conocimiento de la disciplina jurídica de la publicidad. Sustracción de la que no saldrá ganancioso ni el "mundo" de la publicidad ni, desde luego, la comunidad social.

Y me parecen igualmente válidas las razones para censurar el sistema establecido por el Estatuto al sancionar el que se impone desde las categorías profesionales.

Malográndose por desgracia una oportunidad indiscutible para haber sacado del certero propósito de la ley al establecer la especial disciplina las debidas consecuencias.

No puede caber duda de que aquel propósito parece incluso reflejarse en la creación de la propia Junta Central, que debió preverse como Organo en verdad gestor del general interés en materia publicitaria y que incluso manteniéndose con la presencia de representantes de las categorías profesionales interesadas, siempre que se hubieran equilibrado



con la de los consumidores hubiera podido cumplir, además de las funciones consultivas, las ejecutivas correspondientes a la actuación en base a la disciplina de la publicidad. Asimilándose en la instrumentación técnico-jurídica el sistema al que se asimila por su inspiración. Es to es al que rige en los Estados Unidos de América.

La Junta Central, puede constituir el cauce adecuado que resuelva los problemas de técnica relativos a la legitimación activa y a una previa investigación de los hechos, adecuación del proceso, pruebas, etc., actuando después ella misma ante los Tribunales civiles por trámites abreviados y adecuados a las circunstancias.

Una decidida y urgente reforma en este sentido parece algo más que conveniente.

#### IV - EL REGIMEN DE AUTOCONTROL

Cuanto se ha afirmado hasta aquí está lejos de suponer un menosprecio a los sistemas deontológicos que implican una sana tarea de autocontrol en el ejercicio de actividades profesionales.

Se trata de una cuestión jurídica de principio.

El legislador, en efecto, pudo optar entre someter el fenómeno publicitario a una rigurosa preceptiva legal, formulándola a través de una ley, o por limitarse a estimular que los propios entes directamente participantes en la actividad publicitaria se impusieran ejercitarla dentro de ciertos límites considerados deseables.

Al decidirse por lo primero, es incuestionable que se ha preferido someter la publicidad a normas de carácter general por la incidencia pública y general que entraña; independientemente, por lo tanto, de su significación como objeto propio de la actividad de un sector o categoría de ciudadanos.

En el fondo, la opción supone una decisión sobre la perspectiva que se adopta en la contemplación del fenómeno. Por lo mismo un sistema de legalidad ni se opone ni contradice ni desvirtúa la posibilidad de que un círculo concreto de personas ligadas por la afinidad del ejercicio de la misma actividad sometan ese ejercicio a unas reglas que ellas mismas se impongan, que es en lo que consiste el autocontrol.

El alcance de uno y otro sistema es muy diverso. Desde el punto de vista subjetivo, para poder hablar de un régimen de autocontrol es imprescindible contar con un cier

to grado de clarificación en la categoría profesional que a sí misma va a imponerse las reglas de conducta. Sólo los pertenecientes a tal categoría quedarán obligados a su observancia porque si la eficacia de las reglas pudiera extenderse a quién no perteneciera aquélla no podría desde luego hablarse de autonomía.

Pero además, desde el punto de vista objetivo o del alcance material de las reglas, se limitan por definición a la materia sobre la que pueden disponer los sujetos. Pero no puede ir más allá. Y al mismo tiempo es lógico pensar que a lo más que puede aspirarse en este terreno es a fomentar un grado superior de responsabilidad social de cada uno en cuanto la trascendencia que la actividad publicitaria tiene.

En el primer aspecto, se ha afirmado que no puede sostenerse con seriedad que los anunciantes queden comprendidos en una categoría profesional. Si el ejercicio de la actividad publicitaria puede entrañar alguna cualificación profesional para las Agencias y los Medios, podrá estimarse que para unas y otros son obligatorias las reglas que emanen de los órganos de las categorías a que pertenecen. Pero ésto no puede extenderse sin más al caso de los anunciantes, cuyo encuadramiento sólo puede venir por el cauce del asociacionismo, sin olvidar

su necesario carácter voluntario respecto a la incorporación y a la permanencia, que no pueden imponerse a nadie en contra de su expresa voluntad. (36).

Un régimen de autocontrol, desde el ángulo subjetivo, sólo puede encontrar plena aplicación en rigor para las Agencias y para los Medios. Pero justamente la mayor trascendencia de la publicidad está en el hecho de constituir declaraciones al público, en principio imputables al anunciante, y es en este campo donde el régimen muestra su mayor debilidad. Y no se diga que los anunciantes pueden quedar de hecho sometidos a las reglas que rijan por imposición de las Agencias o Medios porque - y es uno de los límites naturales del sistema - en todo caso aquéllas deberían contrastarse para su licitud con las normas positivas que prohíben las restricciones a la libre competencia o en particular a la negativa a contratar.

El régimen de autocontrol conoce por lo demás otro límite a su vigencia. Nunca podrá justificar una situación de abuso de poder.

Un sistema de régimen autónomo supone evidentemente un estimable factor de ordenación del sector pero es en absoluto insuficiente. La positiva disciplina de la actividad publicitaria sólo puede conseguir a través de un adecuado sistema

de legalidad (37).

Porque ciertamente por grande que sea el valor de los códigos morales (38) se quedan muy por debajo en su eficacia de cualquier norma legal directamente inspirada , por definición, en la protección de generales intereses.

Ello sin contar con que un sistema de autocontrol exige antes que nada un elevado standard de responsabilidad de cada uno frente a la sociedad en que se desenvuelve. No vale sin más seguir un sistema vigente con éxito en otras latitudes si es que no puede imponerse el contexto de moral social que lo hace plenamente eficaz.

En la mayoría de los países de nuestra área cultural se encuentran vigentes sistemas más o menos perfeccionados de autocontrol, sin contar con el Código de prácticas leales en materia publicitaria elaborado bajo los auspicios de la Cámara de Comercio Internacional (39). En todos ellos se encuentran desde luego recogidos y sancionados cada uno de los llamados en nuestro Estatuto "Principios de la Publicidad". En los Estados UNidos de América el sistema además de muy riguroso en general se encuentra muy diversificado en atención tanto a la específica actividad de los sujetos que intervienen en la instrumentación publicitaria cuanto a la diversa penetración o

audiencia de los medios (40). En Italia, en Enero de 1.966, se suscribió por anunciantes, agencias y medios un Código de prácticas leales que se aparta considerablemente del extensísimo anteproyecto que se presentó en 1.952 al 3er. Congreso Nacional de la Publicidad, y que se conoció con el nombre de Reglas de Palermo.

Constituyen éstas un valioso precedente para la valoración e interpretación de cualquier preceptiva referente a la publicidad. Porque en sus 157 artículos pretendían agotar toda la problemática jurídica que se presenta en el campo publicitario. Sin embargo, es de destacar que el código moral vigente en Italia no ha seguido el camino señalado por el anteproyecto. Sin duda por haber detectado que una regulación deontológica está muy lejos de poder abarcar una regulación con valor jurídico general.

Dos riesgos, en efecto, amenazan en estas cuestiones. De un lado, que se pretenda desde categorías profesionales cerradas imponer con eficacia una normativa a quién no pertenece a ellas. En cuyo caso la heteronomía implica una arrogancia abusiva de las tareas de definición y conservación del orden jurídico que pertenecen a la comunidad organizada en Estado y que por lo tanto se expresan en la primera fuente del

Derecho positivo.

De otro, que la conservación y aplicación de ese orden jurídico definido de modo formalmente regular se abandone en manos de quienes no tienen atribuidos tales facultades.

En cuanto a lo primero, el riesgo amenaza desde que un mal entendido autocontrol tiende a ampliar la materia a que se aplica. Tal era el caso de las repetidas Reglas de Palermo. No puede silenciarse, siquiera sea de pasada puesto que ha sido retirado, lo ocurrido en España en el 1er. Congreso Nacional de Agencias de Publicidad celebrado en 1.968, al que se presentó un anteproyecto de Código moral que adolecía del mismo vicio que aquel precedente italiano, tanto más lamentable cuanto llevaba vigente ya casi cuatro años el Estatuto de la Publicidad como Ley votada en Cortes. En aquél anteproyecto, y prescindiendo de que se presentaba a una Asamblea en que sólo participaban Agencias, pretendía completarse lo dispuesto en el Estatuto en materia de contratación, responsabilidad de anunciantes y medios, protección de las ideas publicitarias, e incluso, y a título anecdótico, expresamente se establecía que las sanciones aplicables a la violación del secreto profesional serían las señaladas por el Código Penal. (41).

Creo que es suficientemente ilustrativo lo que

acaba de exponerse para comprender la radical diferencia entre un sistema de autocontrol y uno de legalidad.

Pero por otro lado, no basta con que el legislador lleve a efecto la promulgación de unas normas para que el sistema de legalidad se estime coherente y verdaderamente pueda calificarse de tal. Es menester además que no se deje lugar a ningún proceso de degradación, en la conservación y aplicación del orden establecido. Se ha señalado, acaso con reiteración, que nuestro Estatuto resulta poco feliz en esta materia dada la instrumentación que da a la aplicación de la disciplina jurídica que positivamente consagra. En este punto es también obligado volverse al caso italiano. Su código moral que, siguiendo el ejemplo de los demás de otros países, constituye un conjunto de reglas de muy diversa valoración que consagran standards de conducta en materia publicitaria, instituye un Jurado de la Publicidad a quién se encomienda la aplicación del Código. Sean cuáles sean las diferencias que le separan de nuestro Jurado en orden a la investigación y comprobación de los hechos y en cuanto al procedimiento, es de destacar desde luego que para su concreta composición se ha acudido a figuras relevantes de la Magistratura y de la Cátedra. Pero además un autor como SCORDELLI, tan experto en estas cuestiones y tan largamente patrocinador de cualquier orde



nación, puede afirmar que el Jurado no aspira sino a suministrar criterios a la Jurisprudencia para la calificación de los actos publicitarios. El sistema de autocontrol italiano ha sabido mantenerse en los límites de la pura deontología y solo a estos fines ha procurado encontrar la institucionalización más adecuada (42) .

La opinión sobre cualquier intento de introducir regulaciones autónomas de la actividad publicitaria debe ser desde luego favorable pero siempre que se mantengan en el ámbito objetivo que les sea propio y que su autonomía sea tal. Esto es, que no trate de imponerse heterónomamente, y, por supuesto, siempre que no se incida en la legalidad relativa a la libre competencia ni se incurra en un execrable abuso de poder.

Porque no puede dudarse que en ciertas ocasiones, a través del sistema de autoreglamentación es posible llegar a imponer unas formas de actuación a los miembros de la categoría profesional que afectan al sistema general de la libre competencia. Y creo que no es preciso advertir nuevamente que, en este sentido, el mercado publicitario no se sustrae al régimen general que en nuestro Ordenamiento representa la ley de prácticas restrictivas de 20 de Julio de 1.963.

## V - REGIMENES ESPECIALES

Yá el artículo 5º del Estatuto señala que la atribución de competencia al Ministerio de Información y Turismo en materia publicitaria no perjudica la que tengan atribuída otros Organos de la Administración sobre determinados aspectos de la publicidad.

Con ello se evidencia que junto al régimen general de la disciplina de la actividad publicitaria que el Estatuto consagra, es necesario considerar otros posibles regímenes aplicables a determinados supuestos de actos de publicidad.

Para una mejor comprensión, podríamos establecer la siguiente diferenciación entre los especiales regímenes.

### A) Por razón de la materia.-

Con ello se quiere expresar que la especialidad del régimen deviene del contenido del acto publicitario, Esto es, del bien sobre que recae el mensaje de publicidad.

En este punto, destacan como más importantes los siguientes supuestos.

a) Productos alimenticios. - Por Decreto de 21 de Septiembre de 1.967 quedó aprobado en España el llamado Código alimentario, que viene a cumplir los siguientes fines: "establecer las condiciones básicas de los distintos procedimientos de preparación, conservación, envasado, distribución, transporte, publicidad y consumo de los alimentos".

Aún cuando el Código no ha entrado todavía en su totalidad en vigor, no resulta impertinente llamar la atención del interesado en la materia publicitaria sobre el conjunto bastante pormenorizado de sus disposiciones que se refieren a aspectos concretos de la publicidad referida a productos alimenticios, que se extiende de hecho también a productos higiénicos y de uso doméstico.

No tendría desde luego sentido recoger aquí pormenorizadamente los preceptos del Código que a la publicidad se refieren, porque en cada uno de los artículos o grupos de artículos se previene sobre su publicidad.

El Código establece una prohibición general de la publicidad de los productos que se consideren "que no cumpla con las exigencias establecidas en este Código y en las reglamentaciones complementarias".

El principio más destacable y que se reproduce

como un eco en cada uno de los productos a que se refiere el Código es el principio de veracidad. Hasta el punto de que para el Código es alimento falsificado aquél cuya composición real no corresponda a la declarada y comercialmente anunciada, y aquel en que se dé cualquier circunstancia capaz de inducir a error al consumidor.

Y el Código especialmente prohíbe con carácter general toda publicidad engañosa o que pueda inducir a error al comprador o consumidor. Principio que se repite en relación a cada producto, en alguno de los cuales el legislador no ha tenido inconveniente en descender al casuismo de señalar expresiones concretas que en la publicidad suelen utilizarse y que resultan muy idóneas a crear cierta confusión en el consumidor. E incluso, y es importante, en ocasiones se señala que las ilustraciones deben evitar la confusión igualmente, con lo que se saca al mensaje publicitario del reducido límite de la expresión lingüística para recalcar la necesidad de una interpretación de cualquier elemento que encierre una "comunicación". Así, por ejemplo, se prohíbe el empleo de expresiones "puro", "natural", si el producto tiene conservadores químicos o colorantes, así como también se prohíbe expresamente que por la representación gráfica se induzca a creer que un zumo

es de fruta cuando nó lo es. (43).

Dentro de este capítulo de la veracidad, y aún prescindiendo de otras prescripciones sobre productos dietéticos o preparados para la alimentación infantil, es muy necesario destacar que en relación a la publicidad de tabacos el Código prohíbe las "exageraciones" publicitarias que induzcan a un incremento en el hábito de fumar. He aquí cómo la calificación de la exageración deriva de la peligrosidad social que entraña, con independencia absoluta de cuál sea la calificación que merece desde un punto de vista estrictamente concurrencial.

b) Fármacos. - Por resolución de la Dirección General de Sanidad de 5 de Mayo de 1.964 se crea el Servicio de Control de la Publicidad Farmacéutica.

También ahora, al igual que en relación a los productos alimenticios el bien que trata de protegerse frente a una publicidad impertinente es nada menos que el bien supremo de la vida. Pero incluso en este capítulo el bien se amplía a la necesidad de que la persona humana no conciba unas falsas esperanzas que quedarían después frustradas. Y por eso, por Orden de 7 de Enero de 1.964 se prohíbe la publicidad de los fármacos que combatan determinadas enfermedades infeccio-

sas, venéreas, cáncer, mentales, cirugía, hospitalización, sexuales, nerviosas, piel, internismo.

La Resolución de 1.964 que acaba de señalarse no es sino aplicación del Decreto de 10 de Agosto de 1.963 por el que se atribuye a la Dirección General de Sanidad la aprobación de la publicidad de especialidades farmacéuticas. Y es necesario señalar, como muestra de la incidencia social del fenómeno publicitario, que con fecha 14 de Agosto de 1.965 se debió publicar una Orden por la que se dan normas sobre dispensación de fármacos, en cuyo Preámbulo puede leerse que "el farmacéutico se ha visto desbordado por .... el influjo sobre el público de una desmesurada publicidad de aquellas especialidades (y) por el continuo lanzamiento al mercado de (otras) nuevas".

c) Estupefacientes. - Por su radical importancia, y no obstante acercarse al supuesto anterior, merece capítulo propio el relativo a los estupefacientes.

La Ley de 8 de Abril de 1.967 dicta normas reguladoras del cultivo, producción, fabricación, extracción, almacenamiento, transporte, distribución, importación y exportación y tránsito, la posesión, el uso y el consumo de los estupe

facientes. Y reserva al Estado el derecho exclusivo a intervenir en todos los procesos señalados así como el de prevenir perseguir y sancionar los hechos que constituyan infracción o delito previstos en el presente régimen legal.

Naturalmente que no sería necesario que el artículo 18 de la ley citada declararse expresamente prohibida - cualquier género de propaganda, la formulación de ofertas en general u ofertas de venta y la remisión de muestras.

d) Cosméticos. - También los cosméticos se aproximan al supuesto de las especialidades farmacéuticas, hasta el extremo de que el citado Decreto de Agosto de 1.963 destina los artículos 77 y siguientes a esta cuestión.

Pero es la Orden de 4 de Octubre de 1.966 la que especialmente se ocupa del Registro, elaboración, publicidad y venta de cosméticos.

Lo más destacable parece residir en la necesidad de autorización previa pero en la vigilancia que corresponde al Servicio de Control de la Publicidad Farmacéutica. Y también es destacable que se prohíba que en su publicidad se haga mención o se sugiera respecto de sus propiedades terapéuticas.

e) Viviendas. - En esta materia destaca como nuevamente se intenta proteger a la vez que un interés concreto, en este caso, de orden patrimonial, un interés de la persona en no verse defraudada en unas legítimas esperanzas sobre algo en lo que ella no puede intervenir decisivamente.

El Decreto de 3 de Junio de 1.965 exige que cualquier mensaje publicitario relativo a viviendas de protección oficial debe someterse a previa autorización por parte de la Delegación de Vivienda, y que la infracción se considerará como muy grave a los efectos que el mismo Decreto determina en el apartado b) , regla 3ª del artículo 1º.

Yá el Decreto de 18 de Febrero de 1.960 consideraba que era venta que vulneraba los requisitos legales y establecía la sanción de multa que podía llegar hasta la suspensión de tal derecho a la subvención.

f) Bancos y Compañías de Seguros. - Yá la Orden de 4 de Mayo de 1.949 exigía autorización administrativa previa para cualquier anuncio en que se emplease la expresión de banco o de banquero. Y la misma exigencia se recuerda en la Orden de 30 de Junio de 1.965.

Por lo que se refiere a las Compañías de Se



gueros, la ley de 1.908 y el Reglamento de 1.912 disponen la necesidad de previa autorización administrativa para toda pieza publicitaria relativa a Compañías de Seguros.

En relación a la publicidad relativa al Seguro existen dos disposiciones de máximo interés. Son la Orden de 27 de Mayo de 1.924 y el Real Decreto-Ley de 23 de Noviembre de 1.927.

Prescindiendo de su no vigencia, es interesante señalar que la Orden citada tenía especial cuidado de destacar la exigencia de que el público no fuese inducido a error respecto a la cualidad de la empresa aseguradora por su carácter individual o social. Y para las individuales exigía una serie de cauteías en relación al nombre que utilizasen en el giro de su tráfico.

El Real Decreto-Ley de 1.927 además de exigir la censura previa de los documentos de publicidad de las Compañías aseguradoras, calificaba de competencia ilícita una serie de supuestos en relación a la publicidad de esas entidades.

g) Ventas a plazos de bienes muebles corporales.- Por su interés se ha dejado el último lugar este supuesto de publicidad en favor de bienes muebles que se venden a plazos, y que se

recoge en el artículo 15 de la ley de 17 de Julio de 1.965.

La publicidad referida a esas compraventas deberá expresar el precio al contado y el total del precio que deberá abonar el comprador en el caso de que se decida por la adquisición del bien con pago del precio aplazado.

Es, pues, un supuesto de publicidad con expresión de precio. Y evidentemente lo que persigue la norma es que el comprador tenga una exacta representación del mismo según sea el sistema que decida adoptar. Por eso el supuesto es en mi opinión una aplicación del principio de veracidad en la publicidad. Y por eso, acertadamente, la propia ley que se comenta expresamente dispone que la sanción de una publicidad que la contravenga se exigirá por el cauce del Estatuto de la Publicidad, por considerarla como contraria a los principios mismos.

B) Por razón de la forma.-

También la forma del mensaje tiene una especial significación que atrae en determinados casos una concreta regulación.

a) Emblemas, escudos, banderas, etc.- Se encuentra prohibida la utilización de esas insignias que pertenezcan a la nación o a

instituciones de derecho público. Como igualmente se prohíbe el uso de la expresión "nacional" para las designaciones.

b) Billetes de Banco. - Los mensajes que en su expresión formal utilicen billetes de banco de curso legal vienen obligados a someterse a una autorización previa por parte del Banco de España. Así lo dispone la Orden de 30 de Junio de 1.965, que no hace sino recoger lo que ya estaba dispuesto en Ordenes tan antiguas como la de 20 de Agosto de 1.927, 8 de Diciembre de 1.933 y 21 de Marzo de 1.934.

Pero, como en el caso de la publicidad relativa a bienes que se venden con pago del precio aplazado, la Orden de 1.965 dispone que la contravención a lo en ella dispuesto será considerada publicidad ilícita al amparo de lo dispuesto en el Estatuto de la Publicidad y sancionado conforme a ese Ordenamiento.

c) Patrimonio Nacional. - Según la Orden de 16 de Mayo de 1959 queda prohibida "la reproducción con fines de propaganda" de los bienes constitutivos del Patrimonio Nacional. Que podrá autorizarse por el Consejo de Administración del Patrimonio.

d) Utilización de los servicios de Correos.- El Reglamento de Servicios públicos por Decreto de 14 de Mayo de 1.964 establece una serie de límites a la utilización de esos servicios con fines publicitarios.

No se trata en este caso por consiguiente de la forma que adopta el mensaje, o mejor el objeto del mensaje, como de la forma del acto de publicidad mismo, ésto es, según se ha dicho, del medio que se utiliza.

e) Publicidad Exterior.- Cabría acaso en este capítulo referirse a la publicidad exterior como una especial forma del acto publicitario y llegar a la conclusión de que se somete a una especial disciplina ó régimen en función de esa especialidad. Pero en realidad la conclusión no sería exacta porque la publicidad exterior no soporta un régimen diverso de cualquier otro género de publicidad o de la publicidad difundida a través de cualquier otro medio, y por ello le es íntegramente de aplicación lo dispuesto con carácter general en el Estatuto de la Publicidad.

Ocurre sin embargo que la especialidad del soporte material del mensaje implica unas peculiaridades que no afectan al mensaje en sí como forma de unas expresiones publicitarias sino a la técnica concreta que deriva de otros facto

res materiales.

Por eso la publicidad exterior aunque ha merecido un tratamiento legal propio por medio del Decreto de 20 de Abril de 1.967, en realidad no se sustrae al régimen general en cuanto mensaje publicitario. Y por eso el mismo Decreto en el Preámbulo declara que "tanto por el contenido de la actividad como por razón del lugar donde se ejercite", le serán aplicables las normas de otras Autoridades administrativas. Con lo que se evidencia que como para todo mensaje publicitario también para el que se ejecuta en un medio exterior le resulta de aplicación el régimen general y el específico según la materia y el lugar, que es precisamente lo que se pasa inmediatamente a analizar.

C) Por razón del lugar. - Se trata de analizar la especialidad de régimen atinente a la publicidad por razón del lugar en que el mensaje se produce. Naturalmente que al referirnos al lugar estamos señalando ya que sólo podrá predicarse tal régimen especial respecto de mensajes publicitarios que sean susceptibles de una cierta localización en el espacio físico. Lo que no quiere decir como se verá inmediatamente que se reduzcan los supuestos a los de la publicidad exterior, aunque desde luego, sean

éstos los más importantes.

a) Carreteras. - Por Decreto de 8 de Agosto de 1.962 se regula lo relativo a emplazamiento de mensajes publicitarios en las márgenes de las carreteras. Y una Orden de 22 de Agosto del mismo año dicta instrucciones para la aplicación del Decreto, que queda prorrogado en su vigencia por un año más a virtud del Decreto de 24 de Julio de 1.963.

Finalmente la Orden de Febrero de 1.965 completa el sistema.

Existen además el Decreto-Ley de 22 de Julio de 1.967 relativo a la autopista Barcelona-La Junquera en el que se establecen unas condiciones respecto al emplazamiento en sus márgenes de mensajes de publicidad.

Naturalmente que todo el sistema tiende a una protección de la seguridad vital.

b) Paisajes y conjuntos históricos. - Existen una serie de disposiciones por virtud de las que se trata de proteger el valor artístico monumental de determinados conjuntos urbanos, así como el valor paisajístico de otros lugares.

c) Ferias. - Es conveniente tener en cuenta las Ordenanzas de Aduanas en cuanto establecen una serie de reglas respecto de la importación de objetos como muestras para exhibir o promocionar en las Ferias y Certámenes Internacionales.

d) Extranjero. - Por último parece necesario referirse a las disposiciones que regulan lo relativo a movilización de divisas para el desarrollo de actividades de publicidad en el extranjero destinadas a la promoción de las exportaciones de productos nacionales en esos países.

Destacadas las más importantes especialidades en materia de publicidad, hay que decir en seguida que regímenes similares se encuentran acogidos en la mayoría de los países, al menos de nuestra área cultural y de intercambios económicos.

Queda por analizar cuál sea el sistema de aplicación de los regímenes que pueden incidir en la calificación de un mismo acto publicitario.

Claramente se ve que un acto de publicidad puede ser a la vez enjuiciado desde los criterios del régimen general establecido en el Estatuto y en cualquiera de las disposiciones que por razón de la materia, la forma o el lugar acaban

de ser examinadas.

Por un lado, es preciso distinguir inmediatamente lo relativo al aspecto privatístico de la disciplina y lo que se inspira en un matiz público de la misma. Los regímenes especiales son de naturaleza exclusivamente administrativa y de ella participa la sanción.

Pero también el Estatuto contiene una vertiente sancionadora de naturaleza administrativa.

Y aunque pudiera parecer que no existiría conflicto sino en los supuestos de régimen especial por razón de la materia - por caso, el Código alimentario -, sin embargo el "principio de legalidad" reconduce a la disciplina estatutaria cualquier supuesto de violación de cualquiera de los especiales regímenes.

La expresa reserva de competencia de todos los Organos de la Administración que se contiene en el Estatuto y la general que se atribuye sin excepción al Ministerio de Información y Turismo unida a la introducción del principio de legalidad, creo que son fundamento para sostener que en este punto se aplicará el llamado "principio de especialidad" en la materia administrativa que juega en los supuestos de superposición de potestades, y que comporta, en definitiva, la acumulación de sancio-



- 767 -

nes que no se excluyen.

NOTAS AL CAPITULO VIII

- 1) El comité Británico en su informe ("La publicidad como..." cit. pág. 268) expresamente se refiere a la necesidad de que en el Consejo del Consumidor se representara a los consumidores "excluyendo al mismo tiempo a aquellos que probablemente se verían envueltos en conflictos de interés durante las deliberaciones del Consejo".
- 2) J.M. MARTIN OVIEDO, op. cit. pág. 48.
- 3) Por todos vease BOCK, op. cit. pág. 28 y siguientes.
- 4) Al referirse la Ley "cualquier contrato de actividad publicitaria", creo que no reduce la competencia a las controversias entre partes por razón de contratos "Publicitarios" -que son los cuatro que tipifica el Estatuto- sino que se amplía a todos los que se concluyan con ocasión de la publicidad "por caso, el de "modelos" o el de "exclusiva"-. Pero siempre es menester que la controversia, como es lógico sea "entre partes", esto es, entre quienes han sido parte en esos contratos, No de las controversias que puedan surgir en razón de las consecuencias de esos contratos tienen el ambito del mercado publicitario, esto es, frente a terceros. Porque entondes, tales cuestiones deben ser consideradas como actos que inciden en la disciplina de la Publicidad. Por lo mismo, tiene razón el Jurado en el caso Grupo Provincial contra Publicidad Galba, al estimar que un contrato de exclusiva - que no es "publicitario pero sí de actividad publicitaria"- pueda dar lugar a arbitraje del jurado. Pero en lo que, a mi juicio, - no la tiene es en que ese sea el .../..

cauce para enjuiciar los efectos del contrato de exclusiva --en cuanto impone un comportamiento a la agencia Garalva-- frente a las demás agencias de publicidad. Para ello, la vía es el procedimiento calificador ante el Jurado y no el del arbitraje.

5) El Reglamento de 7 de abril de 1.965 no es muy claro --respecto a si la Junta es parte o no, y quien es la parte denunciante en el caso de que el procedimiento se inicie --por denuncia no cualificada. De hecho, la Junta Central no ha comparecido como parte en ninguno de los casos que el Jurado ha resuelto. Y sí en cambio ha permitido éste que interviniera como parte quien había formulado su denuncia ante la Junta Central. Así, en el caso Clarín contra Vinos --Coes.

6) Así se reconoce en el caso Publicidad Oro contra Laboratorios Orive, que reitera el fallo en el caso Lever Ibérica S.A. contra Camp. Fábrica de Jabones, S.A..

7) Caso Marthe Central de Publicidad y otros contra Laboratorios Profiden, de 16 de junio de 1.967.

8) No hace falta por consiguiente ni ser "profesional" ni ser anunciante, ni, mucho menos, ser competidor. El caso más elocuente es Doña Clemencia Sánchez contra Colgate Palmolive. S.A., en el que la denunciante era, como se advierte, una consumidora de los productos AJAX. En consecuencia, pueden también formular sus denuncias los Sindicatos y Asociaciones y Grupos o Hermandades. Así, Caso Grupo Provin-

cial del Sindicato de Publicidad contra Publicidad Garalva, que continúa lo ya sucedido en el Caso Sindicato Nacional del Combustible contra Quemadores Nian.. Y, concretamente, en el caso Sindicato Nacional de Frutos contra Orange Crush y otros, se planteó la cuestión de legitimación activa, -- reiterando el Jurado su doctrina de que ese expediente se ha iniciado de oficio por acuerdo de la Junta Central, doctrina ya sentada en los casos Publicidad Oro contra Laboratorios Oribe y Lever Ibérica S.A. contra Camp. Fábrica de Jabones. S.A..

9) En el caso Marthe Central de Publicidad y otros contra Laboratorios Profiden, acompañaron a aquella agencia en la denuncia el Director de Publicidad Jennings y un técnico de publicidad. Por cierto que es de suponer que el Director de Jennings comparecería como técnico o como representante legal de la agencia, aunque no se hace constar así en los -- Resultandos.

10) Caso Sindicato de Frutos contra Orange Crush y otros.

11) Caso Grupo Provincial Publicidad contra Publicidad Garalva. El Jurado estimando que pudiera resultar implicada en el expediente la empresa periodística con la que la denunciada tenía contratada la exclusiva, le dió traslado de la denuncia con citación al expediente.

12) Vease el Capítulo IV de esta tesis.

13) Parece que lo entiende así, aunque es muy posible que me equivoque porque en ésto es poco explícito, J.M. MARTIN

OVIEDO (op. cit. pág. 62 y siguientes). La separación que establece entre "Via gubernativa en general" y "El Jurado Central de Publicidad" creo que autoriza aquella conclusión.

14) Casos Discotyp. S.L. contra Rank Xerox (25.000.00 ptas.) D. Rogelio T. Riverola contra Semana Española (duplo de una cantidad), y D<sup>a</sup> Clemencia Sánchez contra Colgate Palmolive, Sociedad Anónima (100.000.00 ptas.)

15) La jurisprudencia restrictiva es constante. Por cierto que hasta el límite de la Sentencia de 10 de marzo de 1969 que en relación con una del Tribunal de Defensa de la Competencia hizo gala de aquel criterio hasta extremos, que si difícilmente justificables en el caso, con mayor motivo fundar la tesis que en el texto se mantiene.

16) Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1.963,

17) Así, casos; Discotyp, S.L. contra Rank Xerox Ltd.; Sarrrió Cia A. de Papeles contra Papeles Infanta; Sindicato del Combustible contra Quemadores Nian; Publicidad Oro contra - Laboratorios Orive, S.A..

18) Con relación a la competencia ilícita, es este el criterio que inspira las legislaciones que la disciplinan autónomamente respecto de la responsabilidad por acto ilícito. Las mismas razones de principio y el señor de nuestras normas llevan a idéntico resultado.

19) Sin perjuicio de que cuando el daño exista pueda enjuiciarse el acto por el cauce de la responsabilidad extracontractual. No considero entonces adecuado que en estas mate-

dias se confunda la cuestión objetiva de la adecuación de los actos al marco delimitado por los "principios generales" del Estatuto con la averiguación del daño que su violación pueda representar. Que es lo que, injustificadamente, en mi opinión, sucede en el fallo del caso Grupo Provincial contra Publicidad Garalva, cuando parece introducir en su fundamentación que "no ha quedado probado que el comportamiento de Publicidad Garalva haya determinado la captación de anunciantes que con anterioridad fueran clientes de otras agencias", 20) El caso más llamativo es el de Lever Ibérica contra Camp Fábrica de Jabones. S.A., en el que por el hecho de haber retirado esta sus anuncios no entró a juzgar sobre su corrección. Guardan silencio: casos; Alas. S.A. contra Empresa Albino Escribano, S.A. "Columba", Junta Central contra Imeca S.A. y otros; Empresa Albino Escribano, Columba, contra Comercial Nestle. S.A.; el mismo criterio, a contrario, se deduce del caso Publicidad Oro contra industrias Federico Bonet. S.A.. También, caso Young Rubicam, S.A., contra Escuela Naveación Jimenez.

Pudiera pensarse que cuando el Jurado se refiera a "apercibimiento" justamente significa abstención de los elementos publicitarios para el futuro. Pero no puede admitirse. Porque en todos los fallos, el apercibimiento tiene un claro sentido disciplinario. Y porque concretamente en el caso Sindicato del Combustible contra Quemadores NIAN, se impone junto a la sanción de apercibimiento la "intimación" "para que no ponga en circulación ulteriores ejemplares...".

21) Casos; Clarín S.A. contra Vinos CGES; Empresa Albino - Escribano. S.A. "Columba" contra Comercial Nestle. S.A..

22) Casos: Sarrió, Cía. A. de Papeles contra Papeles Infanta; Publicidad Oro contra Laboratorios Grive. S.A.; Sindicato de Frutos contra Orange Crush y otros,

23) Singularmente, caso Discotyp contra Rank Xeros Ltd..

Creo que la referencia a la intencionalidad del agente es influencia directísima de la jurisprudencia sobre la cuestión. Sin tener en cuenta que ella es consecuencia del sistema positivo que exigía acudir al cauce del Artículo 1902 del Código Civil.

24) En este punto, tiene razón CABANILLAS en su construcción a la que se aludió en el capítulo anterior (P. CABANILLAS, op. cit. pág. 41).

25) En opinión de CABANILLAS no hay "rastros" de una imposición de la solidaridad (P. CABANILLAS op. cit. pág. 33). Pero el autor guarda silencio respecto de la interpretación que considera acertada de los artículos 25 y 26 del Estatuto. Tampoco es muy explícito sobre la materia MARTIN OVIEDO (op. cit. pág. 38) que se limita a señalar que los pactos a que se refiere el artículo 25 son "pactos prohibidos". Lo que me parece insuficiente puesto que entendido en su expresión literal el precepto, resulta absolutamente inútil.

26) Existe base más que suficiente en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo para sustentar la opinión. La Sentencia de 15 de junio de 1.967, aunque relativa a un supues

to de responsabilidad por vehículo de motor, contiene la doctrina jurisprudencial -presente por lo demás también en la científica- en torno a la llamada culpa objetiva. Coronando una indiscutible trayectoria que se reconoce en las sentencias de 23 de diciembre de 1.952; 24 de marzo de 1.953; 7 de enero de 1.960 y 14 de mayo de 1.963, por no citar sino algunas. Doctrina que se aplica no sólo a los supuestos de circulación con vehículos a motor sino en general en base a la introducción de un riesgo por el ejercicio de ciertas actividades, en cuya apreciación no deja, en su caso, de apredarse el aprovechamiento económico que supone la introducción del riesgo. Con el límite que imponen las normas positivas -y que reconoce como es obvio el Alto Tribunal- todos los supuestos reconducen a una calificación del "injusto" que se alberga en el artículo 1.902 del Código Civil, -que demuestra ser venturosamente -como señala PUIG BRUTAU- un "punto de partida" del razonamiento" (J. PUIG BRUTAU: op. cit. pág. T. II-2 pág. 661).

27) Aun cuando la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1.967 expresamente se refiere al riesgo profesional como supuesto que la considera en el proceso de objetivización de la responsabilidad, hay que celebrar que se recoja en la ley el principio que permite su fecundo desarrollo en la materia publicitaria. Pues no debe olvidarse -que en definitiva aquel proceso se sigue reconociendo como excepcional. La imposición legal de una concreta diligencia



a las agencias y los medios supone sentar el fundamento indiscutible para el razonamiento progresivo y creador.

28) Vease, ROUBIER: "Le Droit de la propriété industrielle". Paris 1.952. T. I.

29) En la sentencia de 31 de marzo de 1.930 específicamente se contempla un caso de publicidad. Una tienda de zapatos publicó en la prensa anuncios para promover la venta de los de primera comunión, prometiendo regalar una foto del niño a los padres que los comprasen. Un competidor, al anunciar sus zapatos añadía en sus anuncios: "X avisa a los padres - de los niños que no se dejen sorprender por los anuncios de otras Casas que regalan fotos pues con esos regalos saldrán perjudicados ya que los zapatos que compran llevan el recargo del valor de las fotos".

El Tribunal Supremo en aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, deduce la intencionalidad del hecho de ser competidores y de la coincidencia de periódicos y fechas en que aparecieron los anuncios. En cuanto la existencia del daño, aplica la doctrina de los daños morales asimilando el crédito y el prestigio comercial al honor de la persona.

Como se advierte, la doctrina se inserta en la dirección de la más pura ortodoxia tradicional, reconocida por los autores científicos y sancionada por la vieja ley de 1.902. Y creo que también puede observarse su influencia en ciertos casos resueltos por el Jurado de la Publicidad.

cidad.

Por lo demás es la orientación que ya se advertía en la Sentencia de 31 de marzo de 1.928 y que se contenía en la de 26 de mayo de 1.943 y reforzadamente incluso en la de 25 de junio de 1.945, que asimilando también el honor comercial al de la persona robustece el criterio de la intencionalidad exigida para apreciar el daño. Aquella asimilación de principio pervive, aunque sólo incidentalmente se refiera a ello, en la Sentencia de 7 de febrero de 1.962.

En este marco, se hace difícil una valoración de la publicidad engañosa y desleal en los términos que el Estatuto previene.

Sin embargo, estimo que en modo alguno se cierra el paso a una más progresiva jurisprudencia. En primer lugar por la confianza que debemos a nuestro Tribunal Supremo. Pero además porque si se separan las tres Sentencias -- fundamentales en la materia, pienso que ya en ellas está el germen de una fecunda evolución.

Así en la sentencia de 1.930 se parte de que el atentado al crédito comercial ha de ser "ilícito e injusto". Y si bien el mismo Tribunal Supremo tiene declarado con reiteración que la antijuricidad del acto enjuiciable desde el artículo 1.902 del Código Civil no reside en la contrariedad a un precepto positivo (por todas, vease la Sentencia de 23 de diciembre de 1.952), entiendo que el artículo 8º y el párrafo primero del artículo 10 del Estatuto --que formu-

lan reglas positivas del hacer publicitario- limitan el alcance del artículo 1.902 del Código Civil en cuanto sienta el principio de valoración de ilicitud, por los elementos puramente subjetivos o intencionales,. No siendo ese precepto como afirma PUIG BRUTAU, una regla estricta, no podrá, a mi juicio, derivarse la antijuridicidad del acto publicitario simplemente del descuido o negligencia del agente porque el ser verídico o el rendir un servicio a los consumidores, en cuanto lo impone la ley, elimina cualquier apreciación de negligencia o de intencionalidad denigratoria. Los preceptos estatutarios que marcan la dirección de la conducta publicitaria en función de unos fines superiores enervan la aplicación de la doctrina del abuso de derecho, reconocida también por la jurisprudencia, entre otras, en sus sentencias de 13 de junio de 1.942 y, especialmente, de 14 de febrero de --- 1.944.

La Sentencia de 25 de junio de 1.945, aunque ya no directamente referida a una cuestión de publicidad, es importante por su relación con el tema al tratarse de informes que comprometieron el crédito de un comerciante. Su significación para lo que aquí interesa reside en que se trataba de informaciones que eran falsas.

Tampoco la Sentencia de 7 de febrero de 1.962 es relativa a descrédito por publicidad. Sino que se refiere al supuesto de una querella criminal contra un comerciante de la que resultó absuelto.

Entiendo, pues, que la noción de ilicitud o antijuridicidad que se recoge en la primera de las sentencias, permite darle en nuestra materia una precisión nueva que deriva de los Artículos 8º y 10º del Estatuto, con lo - que sin rectificar el criterio último del Tribunal se habrá adecuado a la ponderación real del resultado que el Derecho quiere proteger. Y en las otras dos sentencias se advierte que la asimilación al honor de la persona del crédito mercantil se ha producido en casos en que existía una falsedad en el ataque a ese crédito.

30) Se ha citado ya la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1.963. Pero en ella se conecta la cesación del - acto a la reclamación contra el mismo, considerando el Tribunal que es una de sus consecuencias lógicas. Con ello sin embargo podría permancerse todavía en la estrecha orientación señalada por la Sentencia de 26 de mayo de 1.943, que vincula el éxito de la acción en base al artículo 1.902 del Código Civil a la justificación de un daño patrimonial. La más importante orientación en este sentido creo que la marca la Sentencia de 7 de febrero de 1.962, que expresamente reconoce al ofendido "no sólo el poder accionar contra el ofensor para el resarcimiento de los daños, sino también - la facultad de hacer cesar, si es posible, el acto injurioso, y de hacer suprimir el medio con el que el mismo haya sido realizado y pueda ser divulgado "encontrando la acción civil" buen fundamento aunque se dirija tan sólo a obtener

el reconocimiento de la ilicitud del comportamiento del -  
ofensor".

31) Vease, por todos, ULMER: "La represión..." cit. pág. 66.

32) La doctrina jurisprudencial queda absolutamente clara -  
en la sentencia de 13 de enero de 1.951.

33) Sobre Warentest, vease: "BONASI BENUCCI "Licietá del -  
Warentest" Riv. Dir.comm.1.963 I. pág. 473 y siguientes. Nor-  
malmente los autores tratan la cuestión con referencia a su  
licitud desde el punto de vista de la competencia. Es de -  
advertir que la controversia se plantea en Italia y en Ale-  
mania (Vease: "SCHONHERR-BUSSMAN: Vergleichende Reklame und  
Warentest in rechtssvergleichender sicht" Weinheim 1.964)  
Donde toda comparación se reprime como desleal. En nuestro  
sistema, entiendo que no pueden caber dudas.

34) Vease G. RIERT, op. cit. T. I. pág. 24 y siguientes -  
También HAMEL Y LAGARDE: op. cit. pág. 48 y siguiente.

35) Riv. Dir.. ind. 1.966 II p'ag. 375 y siguientes.

36) La orden sobre composición de la Junta Central da en-  
trada a los anunciantes a través de la Asociación que tie-  
nen constituida, y que es la Asociación Española de Anun-  
ciantes.

37) Vease. VANZETTI: "op. cit."

38) Vease FRANCESCHELLI: "Trattato..." cit. Col. II. pág.

450 y siguientes; del mismo autor en Riv. dir. ind. 1.966.

I pág.. 141 y siguientes; ULMER: "La repression..." cit. pág.  
27 y siguientes.

39) La revista PUBLICIDAD, del Instituto Nacional de la Publicidad ha venido publicando los códigos y acuerdos más importantes.

40) Vease nº 4-5 de la Revista PUBLICIDAD.

41) Se preveía en el art. 13 del anteproyecto. Las reglas - que en el mismo se referían a la contratación, constituían en realidad un contrato tipo con condiciones, en algunos aspectos, intolerables para los anunciantes. Así el artículo 21 decía: "Todo anuncio difundido por un medio se considerará que fué ordenado por el anunciante si transcurridos diez días de la inserción no se reclame expresa y fehacientemente por el anunciante". En el artículo 31 refiriéndose a que la agencia debe seleccionar adecuadamente los medios para la publicidad de su cliente, el anunciante, se decía que - "una actitud equívoca o irregular (en esa selección), siempre que sea probada suficientemente por la parte que se considere perjudicada, será constitutiva de deslealtad y sancionada de acuerdo con las disposiciones vigentes". Me parecen muestras suficientemente elocuentes. Y es de celebrar que ni siquiera llegara a presentarse el documento oficialmente a la Asamblea.

Sobre esa Asamblea, vease la revista *IL* nº 57 junio de 1.968.

42) L. SORDELLI, "Problemi..." cit. pág. 239 y s.

43) El Jurado aplica la norma en el caso Sindicato de Frutos contra Orange Crush y otros.

TE  
1714

- José María de la Cuesta -

REGIMEN JURIDICO DE

LA PUBLICIDAD

(Contribución a su estudio)

---

TESIS DOCTORAL

---



T O M O   I I I

Facultad de Derecho.- Universidad de Madrid

Director: Prof. Dr. D. Jesús Rubio

Madrid - Enero - 1970

## CAPITULO NOVENO

### EL CONTRATO DE PUBLICIDAD

#### I - LA CONTRATACION PUBLICITARIA.-

Desde un punto de vista privatístico, la mayor aportación del Estatuto reside en la tipificación y régimen de la contratación publicitaria. A la que dedica la Ley el Título IV.

Conviene advertir en seguida que con tal expresión no se engloban las múltiples relaciones contractuales que se establecen con ocasión de la actividad publicitaria. El alcance de "contratación publicitaria" es más restringido que el de contratación en materia de publicidad. Para determinar sus límites es preciso partir del concepto mismo de esta actividad que se manifiesta, como es sabido, en una comunicación al público para favorecer la contratación de bienes y servicios que quién la dirige - el anunciante - ofrece o demanda.

Junto a este sujeto activo, el Estatuto ha configurado otros que de algún modo participan en el quehacer publicitario. La tecnificación y multiplicación de las formas de comunicación de masas, la penetración en las técnicas de la psico



logía social y de los comportamientos, el perfeccionamiento en la prospectiva del mercado, etc., han supuesto por un lado la diversificación de los medios o vehículos de la comunicación, y, por otro, el cambio de fisonomía de las agencias tradicionales. Los medios institucionales se multiplican no sólo por un pluralismo ideológico sino a impulso de la apetencia de participar en el volumen de inversión publicitaria global, en rápida progresión determinada por la producción industrial en serie, los principios de la economía de mercado, y el acceso de grandes capas sociales a niveles de consumo desconocidos.

La agencia tradicional se convierte de colocadora de "espacios" entre los anunciantes en dispensadora de unos servicios cualificados por su eficiente manejo de las técnicas suasorias que se ofrecen al anunciante en valiosa cooperación para las acciones publicitarias que se propone emprender. El mensaje que es fruto del esfuerzo intelectual que pertenece al "género" publicitario se manifiesta a través de muchos posibles canales de la comunicación que en todo caso requiere una concreción por su incorporación a ciertas piezas o elementos que son las que física o materialmente permiten su difusión. Al "original" para la publicidad gráfica, la película, el filmlet para el cine, la cuña radiofónica, el spot para televisión, etc.

podemos darles la denominación de "elementos" del acto, a condición de que en el término se albergue también incluso la ideación del mensaje mismo, o la ideación de un plan para su difusión, etc.. En suma, con el término "elemento" se quiere expresar cualquiera de las piezas que son menester para realizar el acto o los actos de publicidad del anunciante.

Anunciantes, agencias y medios son los sujetos que intervienen en la contratación publicitaria, cada uno desde la respectiva posición que ocupa en relación al acto de publicidad. El anunciante como sujeto emisor de la comunicación. La agencia como especialista en su instrumentación técnica. El medio como vehículo indispensable para que la comunicación masiva se produzca.

Pero estos sujetos intervienen también en numerosos contratos que aún celebrándose con ocasión de los actos de publicidad no son, sin embargo, "publicitarios". El anunciante y la agencia pueden convenir, y convienen de hecho, la utilización de la imagen y la voz de una persona para la confección de su mensaje. Contratan con un impresor la tirada de una edición de material publicitario, o la realización de cualquier otro elemento. Todos estos múltiples contratos no son "publicitarios" aunque se celebren con vistas a la publicidad,

La actuación contractual del anunciante es "publicitaria" cuando por su virtud entrega a una agencia la instrumentación de sus actos de publicidad o simplemente de alguno de sus elementos, y cuando se dirige a la utilización de los "espacios" de los medios para, insertando en ellos el mensaje, ejecutar el acto de comunicación.

La de las agencias lo es cuando asumen en el contrato la obligación de realizar sus funciones típicas en relación al anunciante. Para el medio, los contratos que tienden a la utilización de sus "espacios" son siempre "publicitarios".

Inspirado en estas ideas, el Estatuto consagra tres tipos diferentes de contratos de esta naturaleza. El llamado "de obra o creación publicitaria" constituye el marco jurídico adecuado de la relación que tiende a la instrumentación de alguno de los elementos del acto. El contrato "de difusión o tarifa" mira a la comunicación efectiva del mensaje a través de su inserción en medios insitucionales.

Fiel el legislador a la realidad, que ha tipificado socialmente lo que ahora se configura desde el Derecho, ha considerado imprescindible introducir el régimen del contrato que enmarca la actividad típica de la agencia moderna que instrumenta no yá alguno de los elementos del acto sino éste mismo. Se le

da el nombre de "contrato de publicidad".

En rigor con los tres tipos contractuales señalados quedaría cerrado el cuadro. Mas el legislador ha incluido junto a ellos una cuarta figura que denomina contrato "de corretaje o comisión publicitaria". Consiste en una especie del género de los de intermediación. Quién interviene en él es aquel "sujeto" que también tiene su régimen estatuario personal : el agente de publicidad.

Ciertamente esta cuarta figura no presenta, en principio, ninguna particularidad respecto a la general categoría a que se reconduce. La única peculiaridad no es en principio jurídica sino que deriva del círculo negocial en que se desenvuelve la actividad del agente, que es bien la captación de clientes anunciantes para una agencia bien la colocación de "espacios" entre anunciantes y agencias.

En mi opinión, las razones que han llevado al legislador a decidirse por la inclusión de este contrato en el catálogo de los publicitarios son de varia índole. Considerados los agentes como "sujetos" de la actividad publicitaria, parece lógico que la ley atienda a establecer el régimen del aspecto contractual de su actividad. Tanto más necesario cuanto huérfano de reglamentación positiva se encuentra el contrato de mediación en

nuestro Ordenamiento. Pero además la pretensión de la Ley de clasificar e introducir criterios ordenadores en la actividad de los sujetos de la publicidad quedaría incompleta si no se delin-  
daran con pulcritud las esferas propias de la actuación de cada uno, sobre todo en aquellos puntos en que la experiencia muestra que las fricciones son más frecuentes. Adoptado para definir la que compete a las agencias el criterio moderno de sus funciones asesoras y de cooperación con el anunciante, resulta imprescindible contemplar también la actividad que tradicionalmente desempeñaban, y que hoy se realiza por los agentes.

Pero el anunciante puede o no recurrir a los servicios de una agencia. Cuando concierte directamente con los medios un contrato para la utilización de sus "espacios", incluso para insertar mensajes que él mismo ha elaborado, ese contrato, que es "de difusión ó tarifa" (cfr. art. 43 E.P.); es publicitario. De donde se deduce que la presencia de una agencia es innecesaria a efectos de la calificación que merece la relación contractual.

Tampoco es requisito esencial para la misma que la comunicación se produzca a través de un medio institucional, y menos si éste ha de entenderse en el sentido restringido de lo que se estima medio de comunicación social o de masas. En pri

mer lugar porque hay contrato publicitario aún en el supuesto que ni siquiera se prevea en él el hecho mismo de la comunicación. Tal es el "de obra o creación".

Ensegundo término, porque el contrato por el cuál la agencia asuma la obligación de difundir un mensaje publicitario en favor del anunciante, será "de publicidad" aunque el vehículo difusor no sea medio en el sentido indicado. El contrato se califica desde el concepto mismo que de la publicidad da la ley, que ya es sabido que es muy amplio dentro de la finalidad que se propone el acto (1).

De todo lo expuesto se deducen dos importantes consecuencias. La de que las relaciones entre anunciante y agencia sólo son "publicitarias" en sentido legal cuando tienen como fin bien la instrumentación del acto bien la de alguno de sus elementos. Queda por lo tanto fuera de la calificación en eventual contrato que tienda a prestaciones diversas por parte de la agencia, y en concreto aquél que persiga que ésta sólo asuma la obligación de que se difunda un mensaje en cuya elaboración no ha participado sin ninguna otra que la acompañe. Ciertamente que la difusión supondrá, en su caso, la celebración del contrato publicitario de tarifa, pero éste será ejecución de otro que no tiene ese carácter por lo que participará del régimen que sea apro

piado a su naturaleza de gestión por cuenta ajena.

Por otra parte, no es contratación publicitaria aquella en la que interviene el titular de un medio en sentido objetivo que tenga por objeto no la utilización de sus "espacios" sino su explotación. Por importante que sea la relación entre aquel titular y la agencia de publicidad de exclusivas, no encaja en los tipos consagrados en el Estatuto, por cuya razón también deberá calificarse según la naturaleza que se deduzca del propio contrato (2).

En punto a la contratación publicitaria, el Estatuto representa un positivo avance respecto del Derecho interno y comparado. Entre nosotros, además, la doctrina y la jurisprudencia en la materia son prácticamente inexistentes. Sin duda por ello el legislador se ha inspirado ante todo en la práctica comercial que hace transparentes los intereses en juego.

La ausencia de un cuerpo de doctrina y la inspiración legal fuerzan al intérprete a mantenerse muy próximo a la realidad social y a la ponderación de aquellos intereses. Por lo que aunque sea necesario intentar la construcción dogmática a la luz de la doctrina general de las obligaciones y contratos, no será permisible pretender realizarla mediante abstracciones o categorías esquemáticas y conceptuales que no siempre tienen

por qué responder a las necesidades que como reto se lanzan al Derecho desde el mundo de la realidad de nuestros días.

Aún dada la naturaleza de la disciplina, no son raras las normas legales de derecho necesario que tienden a dotar de cierta rigidez el contenido y efectos de los contratos.

Partiendo de cuantas consideraciones quedan hechas, se hace necesario entrar ya en el estudio permemorizado de cada uno de los cuatro tipos que el Estatuto configura.

## II - PRESUPUESTOS TECNICO-ECONOMICOS Y GENESIS DEL CONTRATO DE PUBLICIDAD.

No puede sorprender que el análisis comience por este contrato. El propio Estatuto lo antepone también a los demás, dedicándole la Sección I del Capítulo II del Título IV, inmediatamente después del primer Capítulo destinado a las "disposiciones generales".

Mantener aquí la sistemática no obedece a un prurito de apego a la ley. Responde al mismo fundamento que el texto legal ha encontrado. El contenido del contrato de publicidad es un prius lógico en el quehacer publicitario, y tiene además un sentido plenario o total respecto de la instrumentación



del acto.

Se ha repetido a lo largo de estas páginas que la evolución de las técnicas de diversa índole que influyen en la comunicación de masas, exige su tratamiento especializado. Ciertamente desde un punto de vista económico, la publicidad es algo accesorio de la actividad principal que el anunciante ejerce o se propone ejercer, puesto que se realiza en favor y por causa de la misma. Pero su complejidad determina la exigencia de una organización adecuada, cuya puesta a punto y mantenimiento requieren una atención, esfuerzo y medios que o bien no se justifican para el anunciante por lo esporádico de su utilización o bien tendría que distraerlos de la actividad principal. Por el principio de división del trabajo surgen entonces las personas que precisamente hacen de la instrumentación publicitaria su actividad principal.

La desarrollan mediante su propia organización que fundamentalmente se constituye por un equipo humano, compuesto por personas especialistas en las ramas de prospección del mercado, análisis motivacional, penetración de medios publicitarios, redacción de textos, artes gráficas y visuales, y audiovisuales, referidas al campo de la composición y de la realización final, relaciones públicas, etc. Junto a este equipo humano

decisivo y fundamental pierden significación, a pesar de la importación económica que en ocasiones adquieren, los medios puramente materiales.

Pero es preciso no perder de vista la versatilidad de la publicidad misma que se deriva de la múltiple diversidad de su posible contenido - objeto de la actividad principal - , de las variadísimas formas posibles de manifestación y del volumen de actos publicitarios o de comunicación que pueden esti-marse necesarios o convenientes para obtener un resultado apetecible en el incremento de la actividad en cuyo favor se realizan.

De ahí, la esterilidad del intento de reducir a un patrón social único los comportamientos de anunciantes y agencias en sus relaciones. No es lo mismo evidentemente el caso de unos anuncios por palabras en las secciones especializadas de la prensa que una acción publicitaria en favor de una marca de cigarrillos o de un detergente, en la que se emplearán diversos medios en muy distintas ocasiones y momento, conociendo entonces un desarrollo de gran alcance en cuanto las formas y el tiempo.

Y ésta es otra consideración obligada. Porque, en efecto, una acción publicitaria de estas características englobará muchos actos de comunicación de diversa naturaleza y significado. Unos se difundirán por medios de masas mientras que otros se manifestarán en formas que suponen la utilización de medios no institucionales, sean o no preexistentes a ellos.

Sería, a mi juicio, un error pretender reducir la disciplina de la contratación publicitaria a supuestos convencionalmente determinados a priori. En modo alguno es posible ni útil. No es posible porque no existe base en la ley para esa pretendida reducción. Sería inútil además porque dejaría sin regulación jurídica la composición de intereses que aún manifestándose sobre la misma materia y significación se habrían quedado sin embargo fuera del ámbito de aplicación de las normas.

Estas deben por lo tanto merecer una interpretación tan flexible que de su conjunto se desprenda un régimen jurídico capaz de dar satisfacción adecuada a los intereses que se consideren dignos de tutela.

Me parece que de cuanto se ha dicho importa ahora destacar los dos siguientes puntos: a) la íntima conexión de la publicidad con la actividad principal del anunciante; b) la naturaleza del acto publicitario como acto de comunicación.

ad a) Cuando un anunciante acude a una agencia, desea obtener el resultado de su organización pero subordinado a sus propios propósitos sobre su actividad. La relación que se establece es verdaderamente una relación de colaboración directa. Pero puede ser de muy varia índole y alcance. En función del objeto de aquella actividad y del propósito que en concreto guía al anunciante, se abre un abanico de posibilidades que van desde la máxima iniciativa para la agencia hasta la utilización parcial de su organización por virtud de decisiones adoptadas, más o menos rígidamente, en orden a los aspectos de determinación de los mensajes, sus formas de expresión, su manifestación al público, etc..

Por otra parte, la relación de colaboración no puede ser idéntica en el caso de que la publicidad se realice en favor de un acto principal irrepetible que en aquellos en que la actividad principal se ejerza para el mercado con habitualidad, o, si se quiere, de modo racionalizado.

Pero aún con toda la fluidez que se quiera la nota de colaboración en todo caso me parece evidente. Y de ella se deduce que la publicidad como hacer se subordina a la actividad a la que sirve. Cuestión ésta de la máxima importancia en relación al punto que se expone a continuación.

ad b) El acto publicitario, por ser de comunicación, implica un objeto constituido por algo comunicable y a la vez el hecho mismo de su manifestación a los destinatarios.

He aquí los dos aspectos fundamentales. Elaboración del mensaje y su comunicación al público, que exige la incorporación de aquél a elementos susceptibles de esa difusión.

Además, normalmente, la publicidad se traducirá en una serie de actos diversos. Juegan entonces importante papel los factores de multiplicidad de formas dentro de la unidad de mensaje y de tiempo. Pero en cualquier caso - también aunque se trate de un sólo acto - juega el factor de la oportunidad y el de la forma de manifestación. No basta con determinar "lo" que va a comunicarse sino que deberá decidirse "cómo" y "cuándo" se procederá a la comunicación. Junto a ello y finalmente está la ejecución.

Por todo ello, parece útil tratar de englobar en concepto y término unitario aquella elaboración que es el presupuesto de la comunicación misma. Resulta adecuado el término proyecto.

En sentido muy amplio ese proyecto es siempre una creación inmaterial como resultado de un esfuerzo humano creativo consistente en la aplicación de unas técnicas especializa

das, que llevan a obtener una "argumentación" que se dirige para inclinar la psicología de los destinatarios.

El proyecto es resultado de un complejo proceso que, sin ánimo agotador, incluye: a) la ideación del mensaje; 2) su incorporación a las piezas que lo hacen cognoscible y que puede denominarse "realización"; 3) la adaptación a los elementos reproducibles en los medios; 4) la selección de los medios y formas en que será reproducido; 5) la determinación de los "espacios" en los medios; 6) la determinación de la oportunidad de las comunicaciones; 7) el presupuesto total distribuido de conformidad a los medios, "espacios" y formas. Y presidiendo el proceso, al menos en teoría, las valoraciones de las prácticas prospectivas del mercado, motivacionales, de penetración y audiencia de los medios, etc., en función del tipo de producto o servicio que se trata de promover, según condiciones de geografía, demográficas, etc. (3).

Se advierte que no se trata de unas fases sucesivas sino que todas las actividades están en mútua interdependencia. No es pensable la ideación en abstracto del mensaje, anterior a la selección de los medios, que deberá, por su parte, atenderse a las circunstancias del mercado y la coyuntura, en función de las condiciones de los destinatarios y del montante global

de la inversión prevista.

El proyecto se encuentra limitado en cuanto al proceso creativo y en cuanto a su ejecución por el dato de la subordinación de la publicidad a la actividad principal del anunciante. No se realiza un esfuerzo creativo cualquiera sino el que justamente conviene al propósito de aquél. Y no puede ejecutarse sino en la medida que es útil al fin de favorecer, aquélla, actividad principal.

Se comprende entonces que el anunciante no puede permanecer ajeno al proceso de elaboración del proyecto ni a la fase de su ejecución. En suma, el anunciante es el "dominus" de la instrumentación de su publicidad.

Cuando un anunciante acude a una agencia lo hace desde luego con el fin de que ella asuma esa instrumentación, en la que él es inicialmente lego. Pero no lo es ni mucho menos en lo que atañe a su actividad a la que aquélla se subordina.

Y en este punto me parece que han de tenerse en cuenta dos factores de singular relieve. Por una parte, los actos de publicidad, y no se cansan de proclamarlo los expertos publicitarios, contribuyen en gran medida a crear o mantener una "imagen" del anunciante y de sus productos o servicios.

Por otro lado, de esos actos puede derivarse una responsabilidad frente a la comunidad y los terceros.

Ambos factores demuestran toda su importancia en los supuestos en que el anunciante realice su actividad de modo racionalizado para el mercado.

Estos presupuestos que se han dibujado aquí se consideran suficientes para fundamentar la afirmación de que son múltiples las dificultades con que el Derecho tropieza para someter a regulación normativa el contrato que tiende a dar cauce a la instrumentación del acto de publicidad.

Es sumamente compleja la relación entre anunciante y agencia. Y está de hecho llena de matices. Por lo mismo son varios los puntos en que se revelan críticamente los intereses de uno y otra. El derecho debe atender sobre todo a esos puntos críticos.

Me parece que, en este orden de cosas, la cuestión central reside en determinar lo relativo al iter negocial. Cuando se considera iniciado, cómo debe tratarse jurídicamente y cuál es el momento en que desemboca en la perfección del contrato, son los aspectos decisivos. En definitiva, lo es determinar el punto de inflexión en que los tratos entre anunciante y agencia devienen contrato de publicidad.



Si se observa la realidad, se deduce lo siguiente:

1) Por tratarse de una relación de colaboración, supone en ciertos aspectos un marco en blanco que se irá rellendo de contenido en atención a determinadas circunstancias. La agencia asume una posición de consultora en la programación publicitaria del anunciante. Este tiene "su" agencia, cosa que se traduce en la práctica en que el anunciante normalmente pedirá su consejo sobre nuevos aspectos de su publicidad independiente de los concretos actos de este género que se estén ejecutando, y que en muchos casos, incluso, influirán sobre ellos. Así ocurre que el anunciante suele dirigir a "su" agencia las solicitudes de publicidad que recibe de los medios directamente; en ciertos casos, su decisión de utilizarlos puede suponer una alteración en el proyecto que se estaba ejecutando. Así también sucede cuando la agencia es consultada sobre una nueva acción comercial que el anunciante se propone emprender (4). Los casos pueden multiplicarse indefinidamente, pero en el fondo siempre representará que entre anunciante y agencia existan una relación más amplia y genérica que la que simplemente se contrae a la ejecución de unos actos publicitarios concretos (5).

2) Pero si en el aspecto subjetivo, la relación

es de colaboración, desde el punto de vista objetivo o material la publicidad se subordina a la actividad principal del anunciante. No puede entonces serle indiferente ni "lo" que va a comunicar se al público ni el "cómo" ni el "cuándo" de la comunicación.

Por amplio que sea el margen de iniciativa otorgado a la agencia, siempre se descubre el interés del anunciante en el proceso de instrumentación del mensaje o elaboración del proyecto publicitario. Y en la práctica ocurre que ese interés se satisface mediante la aprobación del proyecto por el anunciante, quién con su autoridad sanciona definitivamente la publicidad que va a realizarse. Esta práctica no se sigue exclusivamente en nuestro país, por el contrario es general en todo el mundo (6).

3) Por la misma razón de subordinación ó instrumentalidad, el anunciante tampoco es ajeno al proceso de ejecución del acto publicitario. Las circunstancias que determinaron su acción promotora pueden variar o bien puede ocurrir que los resultados comerciales efectivamente obtenidos no se correspondan con el esfuerzo de inversión publicitaria que está realizando.

La práctica admite sin escándalo que estas circunstancias alteren el programa de publicidad, que siempre se

estima tan elásticamente como es menester para atender a este objetivo.

Cuando un anunciante acude a la agencia desea desde luego que le instrumenten el proyecto y que se lo ejecute. Pero quiere conservar la posibilidad de sancionar aquél y de alterar o modificar la ejecución.

Este es para mí el planteamiento central del problema. Porque es dentro de esas coordenadas que suministra la realidad viva del tráfico donde hay que proceder al estudio dogmático del contrato de publicidad. Que si ha de tener algún sentido es el de procurar la técnica jurídica adecuada a la protección de los intereses que se consideren dignos de protección.

Parecen bastante obvios, y se han señalado ya, los que porta el anunciante. Pero no puede silenciarse que también la agencia es portadora de intereses que no deben sacrificarse sin motivo que lo justifique.

La elaboración de un proyecto publicitario es económicamente costoso. Con toda la arbitrariedad que representa una distinción lógica de algo que en la vida es interdependiente, no es inútil sin embargo señalar que cabe considerar dos fases en la elaboración. La primera será la que tiende a obtener la ideación publicitaria. Es el aspecto creativo del men

saje. Por seguir una terminología al uso, a la segunda fase puede denominarse de realización, ésto es, la incorporación de - aquella ideación a las piezas que la hacen cognoscible y que son aptas para la reproducción.

Una y otra fase exigen sin embargo la actividad de personas especializadas y seguramente la colaboración de "modelos", y desplazamientos costosos, sin olvidar la considerable inversión de tiempo.

Pienso que no necesita aclararse por qué se ha dicho más arriba que el punto crítico en la relación entre anunciante y agencia reside en determinar el momento de la perfección del contrato de publicidad, que significa, correlativamente, reconducir todo lo anterior al proceso negocial de los tratos preliminares.

En definitiva la cuestión no es sustancialmente diversa de otros supuestos que se producen en la vida real en los que se unifican en la misma persona la obligación de ejecutar un proyecto y la de haberlo previamente realizado. El tema está agudamente planteado en relación a la contratación de construcción de obras públicas.

Estas consideraciones obligan a examinar un aspecto nuevo, El relativo a la persona que toma la iniciativa

de la contratación y el modo como se formula.

En efecto, cabe que sea el anunciante quién tome contacto con una agencia para tratar con ella lo relativo a su publicidad. Y cabe el supuesto contrario. Dentro de aquél, todavía puede distinguirse el caso en que el anunciante sólo se dirija a una sola agencia del en que simultáneamente se consulte a varias. Y aún en éste es posible diferenciar en razón de que la consulta se produzca o nó abierta y notoriamente mediante la convocatoria de un concurso, No puede dudarse que los intereses habrán de ponderarse de muy distinto modo en cada uno de los casos propuestos.

Este, en mi opinión, es el cuadro de problemas que ha de tenerse presente al analizar el contrato de publicidad, que se hace seguidamente.

### III - EL CONTRATO DE PUBLICIDAD: - CONCEPTO.-

El artículo 31 del Estatuto define el contrato diciendo que "es aquél en que una parte, cliente o anunciante, en carga a una agencia la creación, preparación, programación o ejecución de una campaña publicitaria mediante una contrapresta

ción en dinero, que normalmente consiste en una comisión fija calculada sobre el valor total de dicha campaña".

Lo primero que hay que decir es que en el Estatuto se reserva el nombre de "contrato de publicidad" para una figura que se destaca con características propias de aquella que tiene por fin la efectiva difusión del mensaje por su inserción en el medio.

Este contrato de publicidad se configura como el instrumento técnico-jurídico ordenado a la instrumentación técnico-publicitaria del acto de comunicación.

Suele ser general en la doctrina que se ha ocupado de estos temas, dar el nombre de contrato de publicidad al que el Estatuto denomina de difusión o tarifa. Se parte evidentemente de que la publicidad comporta divulgación. Consiguientemente el supuesto de que en ella intervenga una agencia se analiza por lo común dentro de aquel contrato y como variante determinada por el hecho de la interposición de un tercero entre el anunciante y el medio. Esto es así aunque los autores se ocupen después de destacar la naturaleza del contrato que liga al anunciante con la agencia (7).

Pues bien, el Estatuto destaca la sustantividad propia de esta relación en la que la agencia asume las funciones

que son propias a su moderno sentido. No se trata sólo de que la agencia intervenga en los contratos de difusión. La relación merece tratamiento autónomo porque la agencia extiende su actuación a la instrumentación total del acto publicitario, como experta en esas funciones.

Aparentemente la letra del artículo 31 es clara. Pero sólo en apariencia. Porque una lectura atenta en relación con lo propuesto en el epígrafe precedente y con el sistema que regula el contrato mismo, plantea una serie de dificultades en diversos planos.

Vuelve a aparecer aquí el término "campaña", del que ya hube de ocuparme precedentemente (8). En principio, parece expresar la idea de pluralidad, sea por la sucesión en el tiempo de la actividad, sea por la multiplicidad de actos simultáneos, sea por la combinación de ambos factores. Fuera de esta primera aproximación no es posible ninguna ulterior precisión. Porque no existe en la ley nada que pueda servir de fundamento para una definición cualitativa o cuantitativa. Acaso en este punto sea útil acudir a la significación social. Sólo por lo que tiene de indicativo merece reproducirse el artículo 68 del Anteproyecto de Código de Prácticas Leales al que he aludido ya y que dice: "La campaña de publicidad constituye normal

mente un conjunto armónico y con unidad de criterio, integrada por una serie de piezas publicitarias que en forma de anuncios se inserta a través de los medios publicitarios elegidos de acuerdo con una planificación previa. - Usualmente se refiere al ejercicio económico del anunciante y su contenido estará en función de las necesidades de la política comercial de aquél, sea cual fuere el alcance, el número y variedad de medios utilizados y la cuantía de la inversión a efectuar".

Poco aclara en verdad la prolija descripción de lo que usualmente se entiende por campaña. De hecho sólo se deduce también la idea de pluralidad.

Pudiera pensarse que el artículo 31 pretende excluir los casos que se refieran a un solo acto de publicidad, entendiendo por tal aquél que tiene un solo objeto-mensaje- y se ejecuta a través de una sola inserción en el vehículo publicitario. Desde luego que la publicidad responde al dogma de la repetición, la insistencia, la multiplicidad de solicitudes en circunstancias diferentes. En este sentido, hablar de publicidad supone hablar de pluralidad. Pero, puede sernos útil este entendimiento meta-jurídico?. Por cierto que nó.

Cualquier interpretación que se intentara por este camino encontraría, a mi juicio tres dificultades insalvables.



a) Pugnaría con la totalizadora definición que de la actividad publicitaria se contiene en el artículo 2º del Estatuto. No se puede comprender la razón por la que siendo publicitario un solo acto de comunicación con las características legales, quede sin embargo excluida su instrumentación del marco jurídico que se establece precisamente para ello. Es más, el artículo 3º no obstante excluir de la calificación a ciertos actos comunicativos deja expresamente a salvo el carácter de las relaciones económicas que se hubieran establecido para realizarlos. Y es claro que éstas sólo surgen como consecuencia de verdaderos contratos, y que normalmente se tratará de comunicaciones únicas.

Sin duda el Estatuto ha tenido presentes de modo primordial las grandes realizaciones publicitarias. Pero no puede llevarle esta realidad a la incongruente conclusión de que existe una diferenciación sustancial entre un acto de comunicación publicitaria y un conjunto de ellos. Diferencia que, si es necesaria y útil en orden a la aplicación de la especial disciplina jurídica de la publicidad por la alteración de su significación social, no es conveniente mantener respecto a la configuración de las relaciones contractuales. Quedaría sin cauce

adecuado la composición de intereses evidentes en el caso en que entre anunciante y agencia se anudase una relación tendente a la instrumentación de una sola comunicación publicitaria.

b) También la realidad nos suministra el dato de que un sólo acto puede manifestarse como continuado por la pervivencia en el tiempo de la comunicación misma. Sin perder su carácter único - un sólo mensaje, una sola difusión - puede de hecho alcanzar una considerable resonancia desde el punto de vista de la técnica publicitaria y desde el ángulo de su importancia económica.

c) Podría darse el paradójico caso de que una agencia que llegara a la conclusión de que a su cliente sólo convenía un acto publicitario - a través por caso de la distribución de un folleto, o mediante el montaje de un concurso - vería su relación con el anunciante fuera del régimen jurídico del contrato de publicidad. Y esto aún partiendo de la posibilidad de que aquella conclusión se hubiera forjado en el marco del cumplimiento de un contrato ya perfecto (!).

En suma, así como sería absurdo por ejemplo reducir la aplicación de las normas que regulan el transporte al supuesto en que se realice por un volumen mínimo de mer-

cancia, resulta ilógico restringir la regulación contractual publicitaria a los casos en que la actividad se desenvuelva por un mínimo - indeterminado (!) - de actos de esa naturaleza.

Por la incongruencia cierta que supone y por el absurdo a que conduce, es forzoso concluir que si la ley utiliza el término campaña lo hace sólo para rendir tributo a una terminología de abolengo en el ámbito comercial pero sin que sirva para delimitar el contenido material del contrato.

El término campaña no se opone a acto aislado de publicidad sino al concepto de "pieza" o "elemento" publicitario. En aquél se expresa un concepto globalizador de la actividad que consiste en el complejo proceso de instrumentación del acto de la publicidad. En este sentido, campaña vale como programa. Puede diversificarse su ejecución en una multiplicidad de actos o unificarse en uno sólo pero siempre continuará siendo un programa o campaña. La única diferencia entre uno y otro concepto reside en que "campaña" hace referencia inmediata a lo que es el mensaje en sí, mientras que programa abarca a todo el plan que se desarrollará mediante la difusión. Así se pone de manifiesto en el Anteproyecto de código que se ha citado, y también en el lenguaje de la práctica en que es usual referirse a "realización" de la campaña como

equivalente a incorporación final del mensaje a las piezas que lo exteriorizan e incluso a los elementos materiales que hacen posible su reproducción - negativos, grabados, etc. - .

En lo que tiene de globalizador el término campaña se opone a elemento o pieza. Estos serán, por caso, el resultado de la "realización" de la ideación publicitaria, el presupuesto de la inversión, etc. Este criterio encuentra base en distintos preceptos del régimen jurídico de la publicidad. Así el artículo 40 del Estatuto expresa que en el contrato de obra o creación la agencia o estudio crea "un programa o plan" o un "elemento publicitario". Esto se traduce en que el artículo 7º del Reglamento del Registro General defina los estudios como aquéllos que crean o proyectan "elementos de publicidad o campañas publicitarias".

El segundo punto oscuro de la letra del artículo 31 reside en la utilización de la conjunción o, cuando expresa que la agencia crea, prepara, programa o ejecuta una campaña.

Si la conjunción se toma en sentido disyuntivo indicador de una diferencia, separación o alternativa, se han de interpretar como contrapuestos cada uno de los términos que se contienen en el precepto.

Podría concluirse entonces que la agencia puede realizar cada una de las funciones con independencia de las demás, y, en lo que ahora más importa, que puede no llegar a ejecutar la campaña que creó.

Claro es que la conjunción o puede gramaticalmente denotar también la idea de equivalencia, con lo que deberá entenderse que o bien con todos los términos se quiere expresar una sola idea, o que al menos indican una misma cosa la programación y la ejecución de la campaña. Cualquier interpretación lleva a un camino sin salida. El sentido disyuntivo pugna con la realidad misma que ha querido venir a regularse y contradice expresamente la diferenciación entre contrato de publicidad y contrato de obra o creación. Si la agencia en aquél sólo asume la creación del proyecto en nada se diferencia de la que asume en éste. Lo mismo ocurre por lo que se refiere a los términos "preparación" y "programación" (cfr. art. 40 E.P.).. Lo que distingue a ambas figuras es que en el contrato de obra o creación, la agencia no se encarga de la ejecución del proyecto, y justamente por eso es por lo que puede ser parte un estudio que, a tener del artículo 14 del Estatuto reiterado en el 7º del Reglamento del Registro, no puede encargarse de la ejecución o distribución de la campaña.

Si por virtud de la idea de equivalencia se estima que crear, programar y ejecutar tienen un mismo significado, no puede explicarse la existencia del contrato de obra como figura autónoma ni tampoco la diversificación entre agencias y estudios. Si se estima que sólo cabe equivalencia entre los dos últimos términos, constituye una falta de rigor difícilmente justificable que el artículo 40 considere como contenido del contrato de obra, que no puede comportar ejecución, una programación. Pero además, de ningún otro precepto se deduce la equivalencia propuesta, si bien es cierto que ni en el Estatuto ni en el Reglamento del Registro vuelve a encontrarse el término programación.

En suma, pues, para obtener un concepto diáfano del contrato de publicidad es menester salir de la letra del artículo 31. Y si por referencia al contrato de obra se obtiene la consecuencia negativa, señalada, analizando el régimen establecido para aquél se deduce sin duda que la ejecución de la campaña, ésto es, la efectividad del acto de comunicación es justamente lo definitorio. Así se desprende del mismo artículo 31 que señala como normal que la contraprestación sea un porcentaje sobre el valor de la campaña, que no es otro que el montante de la

inversión por la efectiva inserción en los medios; el artículo 32 parte de que esas inserciones se producen; el artículo 33 contempla la necesidad de que la agencia establezca relaciones con terceros para la ejecución; el artículo 38 trata de evitar que por una "suspensión" del contrato de publicidad se cause un perjuicio a los medios; el artículo 39 aclara finalmente que, salvo pacto, la contraprestación se acredita si la campaña se ejecuta.

Ahora bien, aceptando que la ejecución del acto está necesariamente en el contenido obligacional del contrato de publicidad, puede asaltar la duda, por la utilización de la conjunción o, de si es posible admitir que la ejecución agote el encargo que recibe la agencia. O, dicho de otro modo, si aunque la creación, preparación y programación de la campaña no puedan desligarse de su ejecución dentro del contrato de publicidad, podrá esta última, sin embargo, constituir su contenido, encargándose la agencia de difundir una campaña que no ha creado, preparado o programado.

La cuestión es importante y de no tan clara solución en la ley. La respuesta afirmativa puede basarse, a mi juicio, en un doble argumento. De un lado, cobraría así sentido el empleo de la conjunción o, si bien desde luego, ni mucho

menos sería la expresión un ejemplo que debiera seguirse en la redacción de otros preceptos legales. Porque si quiso significarse que cabe sólo la obligación de ejecutar el acto debió dejarse mucho más claro, sin perjuicio de señalar que cabe además instrumentar el mensaje.

Por otro lado, acaso sirva de base el artículo 5º del Reglamento del Registro General que señala como funciones de las agencias de publicidad general las de "crear, proyectar, ejecutar o distribuir campañas ... yá comprendan en su actividad el desarrollo de la totalidad de las finalidades enumeradas o tan sólo alguna de las mismas". Por lo tanto una agencia de esas características puede, sin perder su carácter, crear y proyectar campañas o solamente ejecutarlas o distribuir las. Parece entonces que la actividad de ejecución deberá encontrar su marco contractual típico, y no puede ser otro que el que ofrece el contrato de publicidad.

Ello no obstante los argumentos en favor de negar que este contrato puede referirse sólo a la mera ejecución de la campaña me parecen de mayor consistencia.

El primero deriva de una razón si se quiere de filosofía de la cuestión. Si el Estatuto parte de un profundo



respeto a la práctica negocial, como proclama su Preámbulo, hay que reconocer que entre anunciante y agencia se anuda una relación por virtud de la cual ésta instrumenta la publicidad de aquél. Esta práctica es precisamente la que reclamaba con mayor urgencia una regulación positiva.

La ley no olvida en absoluto el aspecto de instrumentación del mensaje en sí. Basta con leer el artículo 32 para obtener la certeza de que se piensa en que la agencia asume la construcción del mensaje. A la misma idea responde el artículo 34 que se refiere a los datos necesarios para ello que el anunciante debe suministrar. Sólo en virtud de esta instrumentación se explican las normas de los artículos 35 y 36 que derivan de un especial deber de fidelidad. Porque la agencia instrumenta el mensaje es por lo que se explica lo dispuesto en el artículo 37, que parecería de sentido en otro caso. El artículo 39 evidencia que es la agencia quién elabora el mensaje.

Frente a lo expuesto parece que difícilmente puede alzarse cualquier argumento que se fundamente en la dicción literal del artículo 31 cuando emplea la conjunción o, máxime si es necesario además efectuar una extrapolación que violenta un tanto la norma y que no elimina el juicio adverso que

merece en cualquier caso. Porque atendiendo a la interpretación literal se debe concluir que si es separable la ejecución de la instrumentación del mensaje, también ésta lo es respecto de aquélla. Y ésto no es posible admitirlo.

Tampoco parece que sean más convincentes los argumentos que se apoyen en las funciones que a las agencias atribuye el Reglamento del Registro. En primer lugar porque debe rechazarse que unas normas relativas a imponer unas determinadas condiciones de capacitación y aptitud sean idóneas para fundamentar la interpretación del régimen establecido para los contratos. Por otra parte, no se encuentra en la ley el menor atisbo de la pormenorizada diferenciación que entre diversos tipos de agencia contiene el texto reglamentario. Pero además, éste sólo daría pie, en el mejor de los casos, para establecer la argumentación con referencia a las agencias de publicidad general puesto que para las de servicios plenos no contiene el artículo 4º del Reglamento la menor reserva, quedando entonces el problema sin resolver precisamente con referencia a las que son paradigma de la agencia moderna.

Por lo demás, cualquier insistencia sobre el valor de normas necesariamente administrativas añadiría un argumento más a favor de la tesis que aquí se sostiene. La distin

ción legal entre agencias y estudios en razón de sus funciones típicas favorece la consideración de que los contratos por los que las desenvuelven enmarcan relaciones que exigen de unas y otras el despliegue de aquéllas.

La reserva contenida en el artículo 5º del Reglamento del Registro responde a la exigencia sociológica de no asfixiar a las agencias establecidas en núcleos urbanos de escaso potencial de negocio, y se traduce en darles la oportunidad de pervivir con un equipo menos dotado y mediante operaciones atípicas que se regirán según su naturaleza pero marginada - mente desde luego de lo que es la contratación publicitaria.

No creo necesario decir que de todo lo expuesto no debe deducirse que se considere imposible que de hecho una agencia restrinja su actividad a la mera ejecución del acto publicitario. No se trata de ésto. Se quiere decir únicamente que en estos casos el contrato que ligue a la agencia con el anunciante no será el de publicidad regulado en los artículos 31 y siguientes del Estatuto. Porque éste mira al supuesto en que la agencia despliega su típica actividad de instrumentadora de la publicidad, que supone tanto la elaboración del proyecto como su ejecución. En los demás casos el contrato se determinará

según su propio contenido, pero no será ninguno de los publicitarios, y se reconducirá a la general categoría de los de gestión de intereses ajenos, siendo lo más probable que consista en un contrato de comisión.

Lo sustantivo en el contrato de publicidad reside en que es el marco de una relación de colaboración entre anunciante y agencia en la que ésta asume la gestión de la publicidad de aquél, con más o menos iniciativa, pero siempre en todo caso estando presente el dato de la aplicación de unas técnicas especializadas para las que la agencia cuenta con su organización.

Insisto en que la iniciativa puede ser más o menos amplia o restringida. Pero dentro del círculo que se le deje, es la propia de quién profesionalmente ejerce una actividad.

Este es el sentido que hay que deducir del artículo 31. Por la versatilidad de las acciones publicitarias, el concepto ha de ser necesariamente elástico. Pero me parece que no ofrece dudas que el contrato de publicidad no se agota en la pura intermediación de la agencia en el contrato de difusión entre el anunciante y el medio. Ciertamente que no siempre la agencia gozará de plena iniciativa para crear, preparar, programar y ejecutar el proyecto publicitario. Podrá incluso no haberlo "creado" pero será necesario que a la actividad de dis-

tribución pura se añada la encaminada a hacerla posible en concreto, sea mediante la "realización" final del mensaje en el sentido que se expuso más arriba, sea mediante la concepción de la programación o plan que recoja una distribución racional del presupuesto por medios, "espacios" y fechas de inserción de los mensajes, sea mediante la combinación de algunas de estas funciones, o sólo parte de ellas. Con lo que, por lo demás, se salva lo dispuesto en el artículo 5º del Reglamento del Registro de la Publicidad (9).

Del concepto del contrato se derivan las notas:

1) Es consensual. Basta el consentimiento para su perfección sin que sea menester la concurrencia de ningún otro requisito de índole real o formal. La ausencia de formalidades se deduce claramente del artículo 23 del Estatuto.

2) Es un contrato oneroso "porque cada una de las partes aspira a procurarse una ventaja mediante una compensación".

3) Se trata de un contrato conmutativo porque desde su celebración está determinada la cuantía de la prestación que cada parte ha de recibir.

#### IV - ELEMENTOS PERSONALES DEL CONTRATO.-

Partes en el contrato de publicidad son, a tenor del artículo 31 del Estatuto, el anunciante y la agencia .

En principio no se puede plantear ninguna duda respecto a la participación del anunciante, entendida tal cualificación en el amplio sentido que es ya conocido.

Resulta curioso cómo la ley le designa con el nombre de "cliente". Una vez más se descubre la conexión del texto con la vida, porque ciertamente en la práctica al anunciante se le llama cliente. Término éste, por lo demás, que entraña una significación de duración y permanencia en la relación. Todo aquél que se proponga realizar un acto de publicidad tiene en principio la cualificación de anunciante, que no tendrá ninguna especial exigencia respecto de la capacidad general. Y ya sea una persona física, ya una persona jurídica, ya tenga o nó la cualidad de comerciante. Circunstancias éstas que sin embargo juegan un papel en orden a la determinación de las personas físicas o de los órganos que actúen por cuenta del verdadero anunciante, como más abajo se verá.

Con relación a la participación de la agencia, se

hacen convenientes algunas consideraciones derivadas de la tipología que ha consagrado el Estatuto y que ha pormenorizado el Reglamento del Registro.

Como es sabido la ley establece una distinción entre agencias y estudios. Su raíz reside en que aquéllas pueden ejecutar los actos de publicidad mientras que los estudios sólo pueden instrumentar el proyecto. Es suficiente razón para excluir a éstos de la posibilidad de ser parte en un contrato de publicidad.

Pero tampoco cualquier agencia puede serlo. Por lo pronto les está vedado a las llamadas agencias de publicidad de exclusivas porque, según el artículo 15 del Estatuto en relación con el 82 del Reglamento del Registro, no podrán desarrollar las actividades propias de las agencias de servicios plenos o de publicidad general.

Sólo las que pertenezcan a uno de estos dos tipos están habilitadas para ser parte en el contrato que se analiza. No puede serlo tampoco la llamada agencia de distribución a medios, no sólo porque no puede contratar con el anunciante sino además porque sus funciones se limitan a distribuir materialmente las órdenes de difusión sin que se extiendan a programarla ni a ninguna actividad propia de la instrumentación del

proyecto publicitario (cofr. artº 6º Rto. R.G.P.).

Nos son conocidos los requisitos que son exigidos a las "empresas" para poder actuar en el tráfico como agencias de servicios plenos y de publicidad general.

Pero en punto a las partes en el contrato la norma del artículo 24 del Estatuto merece especial análisis. Se incluye en el Capítulo I del Título IV, lo que, unido a su propia dicción literal, determina su aplicación a todos los contratos publicitarios. Aunque así sea, parece útil examinarla aquí con cierto detalle, que servirá de referencia en el análisis de los demás tipos contractuales.

Dispone el artículo 24 que "los contratos publicitarios serán estimados como actos de administración ordinaria y bastará para celebrarlos la legitimación exigida para dichos actos".

Prescindamos ahora de la letra, acaso poco rigurosa al hablar de legitimación ante un problema claro de facultades. Lo importante está en el contenido del precepto.

Parece inspirarse la norma en las exigencias que derivan de la realidad del tráfico que impone una gran agilidad y rapidez en la conclusión de los contratos para favorecer su cum



plimiento en provecho del contratante de buena fé. En aras de esas exigencias se requieren unas mínimas facultades para concluirlos.

El artículo 24 carece de sentido si es que no se piensa en función de que quién intervenga en el contrato actúe en interés ajeno. Se trata de establecer un criterio referido al aspecto representativo, y se utiliza como expediente para su formulación la calificación de los contratos como actos de mera administración. Quién está facultado para administrar un patrimonio, lo está para concluir válidamente contratos publicitarios, o, en otros términos, las facultades para administrar comprenden, por ministerio legal, las necesarias para la conclusión de esos contratos.

De todas formas, acaso el recurso de calificarlos como actos de administración no resulta del todo afortunado. En sentido técnico, supone distinguirlos de los actos de dominio o disposición.

Veamos hasta qué punto tiene algún sentido esa determinación y hasta donde resuelve la norma los problemas que se plantean.

Si se repasan los preceptos relativos a los contratos y a los sujetos de la actividad, resulta que partes en aquéllos

son: los anunciantes, las agencias, los estudios y los medios. Se prescinde de los agentes por tratarse en todo caso de personas físicas que actúan por sí mismas, como mediadores - en cuyo caso no intervienen además en el contrato - o como comisionistas de las agencias o medios.

Las agencias y los estudios son, por definición, empresas cuya actividad consiste en instrumentar la publicidad de los anunciantes. Los contratos publicitarios son el marco jurídico por el que desenvuelvan su típica actividad. Los medios, después de la Orden de 24 de Febrero de 1.969, o bien son los Organismos de la Administración y del Movimiento que gestionan un órgano de información, o las empresas que sean sus titulares o bien son las empresas que "explotan" los "espacios" de esos medios o de otros soportes de publicidad susceptibles de explotación racionalizada. En todos los casos, ésta se encuentra ínsita en la misma naturaleza de la gestión en cuanto que es la principal fuente de los recursos financieros de los medios informativos o en cuanto que es la actividad lucrativa típica de las agencias de exclusivas. Para todos ellos también los contratos publicitarios son el instrumento jurídico de la actuación en el tráfico que les es propia.

Consiguientemente para ninguno de los entes señalados resulta necesario decir que los contratos son actos de

administración. Nadie con rigor puede abrigar la duda de que se trate de actos de dominio. Acaso pudiera caber respecto al contrato entre el titular del medio y la agencia de exclusivas por el que ésta asuma la explotación de los "espacios" de aquél. Pero es de advertir que tal contrato no es publicitario y que por lo tanto a él no le alcanza el artículo 24 del Estatuto,

Por ésto se dice antes que la calificación de los contratos publicitarios como actos de administración no puede considerarse sino como un expediente técnico para extraer de ello una consecuencia respecto a las facultades exigidas para concluirlos.

Cuando una agencia, un estudio y un medio concluyen un contrato de publicidad, de obra o creación o de difusión o tarifa están actuando dentro de la actividad que les es típica.

De esta suerte, para tales entes, la norma del artículo 24 o es innecesaria o es insuficiente. Es innecesaria cuando se trate de Organismos de la Administración y del Movimiento o cuando revistan la forma de empresa social que limite la responsabilidad de los socios. También puede serlo aún tratándose de empresas individuales. Si son Organismos, el contrato publicitario deberá ser concluído por quién esté faculta

do para obligarse a tenor de las disposiciones relativas a la contratación con el Estado o de las aplicables al Movimiento. Si se trata de compañías en forma anónima o de responsabilidad limitada, se concluirá válidamente por quién ostente la administración, a virtud de lo dispuesto en los artículos 76 y 11 de sus respectivas leyes reguladoras. Podría argüirse que el artículo 24 resuelve el caso, dentro de estos supuestos, del contrato celebrado por el Director General o Gerente que actúa a virtud de poder general para administrar. Pero puede responderse que la extensión de las facultades de tales apoderados generales "deberá coincidir con el círculo de las operaciones propias del objeto social" (10).

Es también innecesario el artículo 24 en el caso de tratarse de empresas individuales que tengan al frente de la dirección de sus negocios a factor o gerente que "notoriamente pertenezca a la empresa", puesto que regirá sin duda lo dispuesto con carácter general en el artículo 286 del Código de Comercio.

Pero por otro lado, el precepto que se comenta, puede resultar insuficiente para el fin que parece proponerse. Lo será cuando tratándose de empresas individuales se concluya el contrato por quién no pertenezca "notoriamente" a la em

presa como factor. En este caso sus facultades se miden únicamente por los términos del poder que tenga conferido, sin que esta regla general (cfr. art. 283 C. de Co.) quede alterada lo más mínimo por lo que dispone el artículo 24 del Estatuto. Ese apoderado puede encontrarse limitado - supuesto nada infrecuente respecto la cuantía máxima que puede comprometer - o puede haberse concebido el poder sin limitación alguna. En el primer caso, el artículo 24 es insuficiente porque no declara ineficaces frente a terceros las limitaciones que los poderes contengan. Un poder para administrar será suficiente para concluir contratos publicitarios, esto es lo que dice la norma, pero no que lo sea para concluir cualquier contrato aunque exceda los límites impuestos por el poder. En el otro caso, de quién actúa a virtud de mandato "concebido en términos generales" y sin límites, el artículo 24 vuelve a resultar superfluo porque sería desde luego de aplicación el artículo 1713 del Código Civil.

Conviene examinar la norma proyectándola sobre la figura del anunciante. Este no tiene por qué ser empresario o comerciante. Pero si lo es, lo lógico es pensar que la publicidad la realiza en favor de la actividad principal que constituye el objeto de su empresa o comercio. Es obvio que el

"hacer publicidad" no es materia que de suyo se adscriba a ese ámbito objetivo, Pero lo mismo ocurre, por ejemplo, con el arrendamiento del local, la adquisición de una patente o un solar o maquinaria, la construcción de la nave, etc.. En todos estos casos, como en el de la publicidad resulta necesaria la contratación para el cumplimiento del objeto. Es sabido que la expresión "giro o tráfico" de la empresa comprende lo que - usualmente se entiende implícito en el mismo (11).

Puede, en consecuencia, tenerse aquí por reproducido cuanto se ha señalado antes. Si bien hay que advertir que el anunciante empresario puede revestir la forma social colectiva y comanditaria. Estos supuestos se asimilan a lo dicho antes sobre la empresa individual.

Pero puede ocurrir que el anunciante empresario se proponga llevar a efecto una acción publicitaria en favor de actividad que sin embargo no es la suya típica. Piénsese, por ejemplo, en el lanzamiento de un nuevo producto o servicio en total desconexión con el que usualmente era el objeto de su tráfico. Si los contratos publicitarios pueden concluirse válidamente por quién ostenta las facultades representativas del empresario en virtud de su conexión a la actividad que constituye su "giro o tráfico", si se estimara que nó existía, cesaría la razón

de la protección a los terceros y no podría sostenerse que los administradores estuvieran facultados para tal contratación. Se opone a esta conclusión lo preceptuado en el artículo 24?. Tampoco ahora resulta suficiente, porque no altera el régimen propio ni del origen de las facultades ni de su ámbito o contenido en el aspecto externo de la representación: Y nó sólo no podrá celebrar contratos publicitarios sobre materia que no sea del "giro o tráfico" de la empresa el administrador de la Sociedad anónima, de la responsabilidad limitada o el factor por notoriedad, sino tampoco el mandato especial, por amplias que sean sus facultades, si no es sobre el "asunto o negocio determinado". Sólo en el supuesto de mandatario general a virtud de mandato "concebido en términos generales" podrá concluir aquellos contratos. Pero para ello creo que bastaba con lo dispuesto en el artículo 1.713 del Código Civil, puesto que ciertamente aunque la ley no lo dijera el contrato de publicidad se incluiría entre los actos de administración.

El anunciante puede ser un ente público e incluso el propio Estado. Habrá de estarse, como antes se advirtió, a lo dispuesto en las normas que son propias del caso.

Tratándose de anunciantes particulares no empresarios, la calificación de los contratos como actos de administra

ción no deja lugar a dudas de que el mandatario general a virtud de mandato concebido en términos generales puede celebrarlos válidamente. Por la misma razón también podrá hacerlo el tutor sin necesidad de acuerdo del Consejo de familia (cfr. arts. 1713 y 264 nº 4º C.c.).

Desde esta óptica la declaración del artículo 24 me parece que puede tener unas consecuencias que con seguridad el legislador no previó y por lo mismo no pudo querer.

No se plantean problemas en relación al contrato de creación. Surgen en torno a los otros dos, porque a su través llega el mensaje al público.

Para que pueda estimarse que el mandatario o el tutor sin autorización del Consejo de familia están facultados para concluir estos contratos es menester considerar que el mensaje publicitario no es su objeto. Si lo fuera podría consistir en una oferta contractual o al menos en una invitación para ofrecer que serían punto de partida de una relación comercial que al menos se resolvería en responsabilidad in contrahendo. Difícilmente se sostendría que no pudieran ser los contratos publicitarios el germen de actos de disposición.

Pero además si de acuerdo con la más reciente



doctrina autorizada, el tutor no puede iniciar el comercio en nombre del pupilo (12) no se comprendería que pudieran estimarse incluidas en sus facultades las que la permitieran anunciar los establecimientos de modo que surtiera efecto la presunción legal del artículo 3º del Código de Comercio. Sólo puede admitirse si se hace abstracción del mensaje en sí, esto es, si se estima que no constituye el objeto de los contratos a pesar de que aquella presunción admita la prueba en contrario.

Me parece que puede concluirse que acaso la ley debiera haber utilizado un expediente menos intrincado que además en la mayoría de los casos resulta superfluo, y en otros, perturbador (13).

## V - NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO.-

Va siendo habitual al encarar el análisis de la naturaleza de cualquier contrato una declaración del propósito de huir de todo dogmatismo. No por rendir tributo a la rutina sino por estimarla muy oportuna, téngase por hecha la declaración. Porque, en efecto, el régimen jurídico aplicable ha de deducirse de las normas que lo contienen, con independencia

de cualquier intento de someterlo, mediante abstracciones constructivas, a esquemas de conceptos bien conocidos, que sólo pueden estar justificadas en la medida que sean útiles a una más correcta interpretación y aplicación de la regulación positiva en función de la ponderación de los intereses, según el criterio que se estima más justo.

A estos limitados efectos parece imprescindible, sin embargo, tratar de descubrir cual sea el género a que el contrato se adscribe, teniendo desde luego siempre a la vista la realidad.

La complejidad del proceso de instrumentación del acto de publicidad hace posible una doble óptica. De un lado la agencia ha de realizar un proyecto publicitario - con mayor o menor amplitud - , pero desde el ángulo de su ejecución, se piensa en el normal concurso de terceros que le procurarán los vehículos necesarios para la comunicación. Se observa entonces a la agencia como actuando frente a terceros. Lo que revela en el contrato un elemento propio de los del género de gestión por cuenta ajena.

Es tal la fuerza atractiva que esta segunda perspectiva tiene que la misma ley, obsesionado sin duda el legislador, como se advirtió en su momento, al señalar las funcio

nes de agencias y estudios habla de crear la campaña "por cuenta de otro", cuando en la creación del mensaje o elaboración del proyecto hay una actividad cuyo resultado es "para" otro.

A la misma idea responde el nombre de agencia con que se designa en la práctica, que ahora consagra la ley, los entes que instrumentan la publicidad de un anunciante.

Pero la adopción de una perspectiva determinada lleva a una deformación de la visión, que siempre resultará parcial. Lo importante es partir de la función socio-económica que el contrato cumple y que es desde luego unitaria. La única óptica permisible será la que nos descubra suficientemente aquella función, que es la que se traduce jurídicamente en el régimen que el Estatuto contiene.

Lo que el anunciante intenta obtener a través del contrato de publicidad es que se difunda entre el público una comunicación publicitaria. Esto es lo que la agencia le promete.

De aquí a sostener que se trata de un contrato de resultado, no existe más diferencia que la de la simple formulación.

La cuestión se plantea entonces en términos de

opción entre el género de los contratos de gestión de negocios por cuenta ajena y el de los contratos de resultado, cuya representación típica es el contrato de obra.

A favor y en contra de una u otra solución se encuentran argumentos con base en la ley. Una y otra suponen por lo demás una visión incompleta y fragmentaria. El problema se agrava por la insuficiencia del régimen del contrato de obra en nuestro Ordenamiento. Y por encima de todo, una práctica difícil de encajar en moldes inelásticos.

Al decir que el contrato de publicidad puede aproximarse a la locatio operis no se piensa que la obra sea el proyecto publicitario, ni menos el mensaje, o las piezas o elementos que lo incorporan. Consiste en la comunicación al público, esto es, en el resultado publicitario. La preeminencia de éste sobre la actividad que la agencia realice para obtenerlo parece ser definitiva. Es irrelevante, en efecto, la naturaleza de los actos concretos que hayan sido necesarios. Han podido ser materiales o incluso jurídicos. Y frecuentemente se dará una combinación de ambos. La agencia habrá recurrido al concurso de terceros tanto para la instrumentación del proyecto como para su ejecución. No pueden olvidarse los contratos

que seguramente concertará la agencia con personas que pres-  
ten su imagen como modelos: con especialistas en el arte grá-  
fico final; en las técnicas de la reproducción gráfica y gramo-  
fónica; con expertos en filmación, en montajes musicales, esca-  
paratistas o expertos en creación de stands y exposiciones; con  
impresores, etc.. Calificar el contrato como perteneciente al gé-  
nero de los de obra hace más coherente la doble función que  
a la agencia compete. La elaboración del proyecto se continúa  
con su efectiva ejecución. No puede dudarse que aquél tiene  
una significación sustantiva y primordial en la dinámica contrac-  
tual, y que es algo reclamado por el anunciante, no precisa -  
mente como accesorio de la comunicación misma. Antes podría  
éste realizar el proyecto por sí mismo que elaborarlo puesto  
que para ello justamente se requieren una especialización y una  
organización de que él carece. Que es lo que le determina a  
acudir a la agencia.

En este sentido, aplicando el criterio de la "sustitui-  
bilidad", se llegaría a la conclusión de que el contrato se adscri-  
be a la general categoría de los de servicios antes que a la de  
los de gestión (14).

En segundo lugar, el dato de la organización de la

agencia que se pone a contribución del resultado, aclara suficientemente su proximidad al concepto de contrato de empresa que recogió positivamente el Código italiano de 1.942, y que se diferencia del de obra por la presencia de aquella organización.

Ello permite además ensanchar los límites del contrato para que quepan en él todas las formas posibles de la comunicación publicitaria. Porque sólo ésta importa, es irrelevante que se haya recurrido a terceros para hacerlo efectiva. La celebración de contratos de edición y distribución de folletos, catálogos, envíos directos, etc. no es teleológicamente algo diverso a la contratación de "espacios" en los medios institucionales para la difusión. En todos los casos se trata de un hacer indispensable para la obtención del resultado que la agencia debe y el anunciante espera.

Si el contrato es de obra no puede dudarse que la agencia permanece en la obligación en tanto el resultado no se ha producido. Porque ella no promete que concluirá los contratos tendentes a la divulgación sino la divulgación misma.

La misma calificación no impide una práctica, que es reminiscencia de la tradicional actuación de las agencias,

consistente en percibir de los medios institucionales una llamada comisión o descuento de agencia, así como su análoga de obtener de esos mismos medios unas primas deducidas de unos porcentajes graduales sobre el volumen económico de la contratación con cada medio.

Sobre todo, en un arrendamiento de obra no se plantean en términos generales, y menos si supone una organización empresarial, problemas relativos a la subcontratación. El arrendatario quiere la obra, de cuya ejecución es responsable el arrendador aunque éste haya subcontratado parte de la misma.

Del propio artículo 31 del Estatuto se deduce sin esfuerzo que la ejecución del proyecto está in obligatione. La agencia se obliga a que la comunicación se produzca. Por lo mismo sólo acredita la contraprestación cuando ello haya tenido lugar (cfr. arts. 32 y 39 E.P.).

Doctrina autorizada en el Derecho comparado no duda en sostener que el contrato entre anunciante y agencia por el que ésta asume la ejecución de la publicidad es un contrato de obra. Y, por supuesto, entre los italianos se reconduce al contrato d'appalto. (15).

Sin embargo, el contrato de obra resulta insuficiente

para acoger los matices que entraña el de publicidad, que se hacen evidentes en el Estatuto al mismo tiempo que alguna de sus normas dan fundamento para pensar que no cabe aquella aproximación, al menos en su integridad.

Efectivamente ya se señaló más arriba que el contrato de publicidad da lugar al establecimiento de una relación de colaboración entre las partes. No ciertamente en todos los casos - no, por ejemplo, cuando se trate únicamente de idear, realizar, editar y distribuir un folleto - pero, en mi opinión, es suficiente que pueda descubrirse este matiz en algunos para que el contrato deba calificarse de modo que permita tenerlo en cuenta. Esos casos serán además los más significativos por más importantes, económicamente hablando.

La idea de colaboración está presente en el deber de fidelidad que se impone a la agencia y que se traduce en obligaciones concretas frente al anunciante (cfr. arts. 35 y 36 E.P.). Porque la publicidad es arma en la conquista del mercado y en la manipulación de la demanda específica, la organización que la instrumenta se integra como pieza más entre todas las que se ordenan a esos fines. Este aspecto, no siempre presente en verdad, ha de ser atendido cuidadosamente.



Tratándose de una relación basada en la confianza, tiende a perpetuarse en el tiempo aún por encima de las concretas acciones publicitarias que se emprenden. Pero aunque no sea siempre así, no puede dudarse que en una inmensa mayoría de supuestos, al menos esas acciones implican una relación duradera, en tanto llegan a ejecutarse los varios actos de publicidad en que se desenvuelven.

Ello inspira la en apariencia incongruente disposición que contiene el artículo 32 que prevé que la agencia asiste al cliente en sus relaciones con los medios. No puede explicarse fuera de una óptica que vea la colaboración de la agencia yendo más allá de la estricta ejecución de los actos previstos. Lo normal es que tan pronto un anunciante inicia una fuerte campaña, reciba la solicitud de diversos medios que se ofrecen como vehículos de difusión. El anunciante canaliza toda su actuación publicitaria a través de su agencia.

De viene ésta en consecuencia su asesor o consultor en la materia, como se puntó más arriba.

Por otra parte, ya se señaló en su momento, la actividad publicitaria se subordina a la que es principal del anunciante. Por lo mismo, éste aparece como dominus no sólo en

el sentido de serlo del mensajero de las piezas, que es algo que se ejercita en el momento de su aprobación o del desistimiento bajo ciertas condiciones, sino que ese carácter se deja sentir a lo largo de todos los momentos mientras subsiste la relación. El anunciante es dominus tanto durante la instrumentación del proyecto como en su aprobación como, finalmente, en la ejecución de cada uno de los actos, en que, en su caso, se traduce. De esta manera la experiencia muestra cómo influye y decide, en ocasiones, sobre los modelos humanos que deben utilizarse, sobre la aprobación o reprobación del mensaje y del plan o programa de su difusión. De la misma manera deja sentir su última decisión sobre la ejecución de cada uno de los actos en particular.

Nada se diga de la inspiración a que obedece el artículo 33 del Estatuto. Dejando para otro lugar más oportuno el comentario de fondo, importa aquí retener que la norma pretende destacar el carácter de dominus del anunciante no ya respecto de la actividad de la agencia a la que está ligado sino incluso en relación con los negocios que ésta concluye con los medios institucionales para la ejecución de la publicidad. Es un dominus negotii en sentido riguroso.

Todo ello desborda, como se advierte, el marco de

un contrato de obra, y hace que el de publicidad se aproxime a otras categorías para las que cuenta más la "actividad" de las partes que el simple y escueto resultado de su actividad.

Ahora bien, siendo las cosas así, parece desbordarse el marco de un contrato de obra. Porque si la prestación de la agencia es unitaria, difícilmente puede jugar papel alguno la aprobación del proyecto por parte del anunciante.

Del artículo 31 se deduce que la instrumentación del proyecto está in obligatione. La agencia al elaborarlo inicia el cumplimiento del contrato. El consentimiento de las partes no recae sobre el proyecto en sí. Perfeccionado el contrato de publicidad, produce todos sus efectos. Pero para que pueda habiarse de perfección es menester que las prestaciones estén determinadas o sean determinables sin necesidad de nuevo convenio. La práctica demuestra que en todos los casos el proyecto se somete a la aprobación del anunciante que, desde luego, puede reprobalo. Sólo el proyecto aprobado viene a ejecutarse.

Esa aprobación no puede ser determinación de las prestaciones porque pugna con el mismo concepto del contrato que contiene el artículo 31. Tampoco puede estimarse como condición suspensiva. Porque la agencia al elaborar el proyecto

inicia la ejecución de un contrato que yá empezó a surtir sus efectos. A no ser que se admita que la obligación de ejecutar el proyecto se entiende sometida a la condición de que resulte aprobado. Pero, aún así, entiendo que resultaría aplicable el artículo 1.115 del Código civil y que por su virtud se anularía esa obligación.

Puede argüirse que la reprobación del proyecto supone el cumplimiento de una condición resolutoria, lo que, sin duda salvaría el primero de los obstáculos señalados. Para salvar el segundo, podría invocarse el artículo 1.598 del Código civil, en base a la consideración de que en publicidad existe un uso por el que se entiende que la obra ha de realizarse "a satisfacción del propietario". Pero ha de advertirse que la "obra" en el contrato de publicidad no es el proyecto sino la comunicación.

Intentar ver en la reprobación el cumplimiento de una condición resolutoria, aparte que supondría dejar el contrato al arbitrio de una de las partes (cfr. art. 1.256 Cc.), implicaría la expresa aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.115 del Código civil.

Sin embargo que el proyecto se somete a la aprobación del anunciante es práctica que la misma ley reconoce

de modo expreso. Como se deduce del artículo 33 del Estatuto - en cuyo contexto, como se verá más abajo, no puede tener otro sentido la expresión "campaña convenida".

Ante esta situación, no falta algún autor extranjero que sostenga que existen dos contratos. Uno de obra que mira a la elaboración del proyecto. De comisión, otro, que atiende a su ejecución (16).

La artificiosidad de la construcción pugna, entre nosotros, no ya solo con la realidad sino, lo que importa más, con el régimen jurídico positivo. No hay más que un único contrato que se perfecciona por el consentimiento sobre que la agencia instrumenta y ejecute un proyecto publicitario y sobre la contraprestación que acredita frente al anunciante.

El interés de la agencia en el contrato se revela en la ejecución del proyecto. Si ella lo elabora es como presupuesto de la ejecución. Pero también es portadora de un legítimo interés a que se considere que la instrumentación de aquél es parte del cumplimiento de las obligaciones que le incumben. La realización de un proyecto es, por lo general, muy costosa.

El interés del anunciante en el contrato está también en la obtención de unos resultados publicitarios. También

para él el proyecto no es sino presupuesto del acto de comunicación. Pero obviamente pretenderá subordinar la ejecución a la aprobación y reservarse el arbitrio sobre ésta, de la que dependerá entonces la satisfacción del interés de la agencia.

Me parece que no puede perderse de vista que el proyecto es una "creación" espiritual como emanado del esfuerzo "creativo" de un equipo humano que aplica unas técnicas en las que está especializado. Pero sin embargo no se trata de una obra artística en la que primordialmente juega la libre inspiración del creador, que se mide por juicios de valor estético. Prescindiendo de que también el mérito artístico pueda ser enjuiciado, al menos en algunas de las piezas del proyecto, éste en cuanto tal es una obra técnica. También lo es, por ejemplo, el dictamen de un abogado, pero enseguida se advierte una diferencia que no es sólo de matiz. En primer lugar, porque aquel proyecto normalmente entrañará elementos susceptibles de soportar un juicio estético. Pero además, por la idea de "subordinación" característica de la actividad publicitaria. El Proyecto no puede ser, si se permite la expresión, una rueda loca en el conjunto de la acción principal del anunciante para el mercado. Por el contrario, ha de integrarse plenamente en ella. Y el dominus de esa acción global es también dominus de la publicitaria.

Consiguientemente, cuando el anunciante contrata con la agencia, a la que acude en vistas de las especiales condiciones técnicas de su organización, consiente en que elabore y ejecute un proyecto, pero no puede renunciar con ello a su esfera de decisión sobre su propia actividad. No puede imponérsele que realice las comunicaciones de un mensaje que él no quiere dirigir. Pero tampoco su arbitrio puede frustrar el interés de la agencia.

La armonización de estos opuestos y legítimos intereses se consigue aproximando el contrato a las figuras que el Ordenamiento brinda como cauce a las relaciones de colaboración.

Son tales porque se establecen entre partes iguales e independientes pero a la vez porque la actividad de una de ellas se subordina a la de la otra. Penetra así la idea de que quién realiza la actividad subordinada puede y debe recibir instrucciones de la otra parte.

La elaboración del proyecto, la definitiva "realización" de la campaña en las piezas y elementos que hacen reproducible el mensaje, e incluso su comunicación final se someten a las instrucciones que la agencia recibe del anunciante.

El contrato existe y es perfecto, la agencia inicia

su ejecución con la instrumentación del proyecto, pero en el cumplimiento debe seguir las instrucciones del dominus, éste es, del anunciante. Que no operan, desde luego, ni como determinación de la prestación ni como condiciones suspensivas o resolutorias.

Sólo por este camino puede llegar a salvarse el interés del anunciante a no verse privado de la decisión en materia que afecta al manejo de sus negocios, y el interés de la agencia en cuanto queda garantizado por un cumplimiento contractual que tenderá al menos a dejarle indemne de los gastos que se le originaren,

Así entendida la dinámica funcional unitaria del contrato de publicidad, me parece que lo de menos es ya intentar, mediante abstracciones, reconducir su naturaleza irrevocablemente a alguna de las figuras tradicionales. No creo que reportara ninguna utilidad, pero además me atrevo a sostener que el intento resultaría imposible.

Es muy difícil, en efecto, en este orden de cosas dejar de pensar inmediatamente en el contrato de mandato o comisión como figura paradigmática de las relaciones de gestión.



Porque lo que no puede dudarse es que no se trata de un contrato de agencia, a pesar de la denominación que se dan los entes que intervienen. Aparte de que serviría de poco empeñarse en mantener la calificación habida cuenta la ausencia de la figura en el Ordenamiento patrio, tal como se configura en el Derecho continental europeo y por la doctrina española y no española, resulta imposible equiparar al contrato de agencia el de publicidad. (17).

Su tipificación legal no supone en modo alguno que el Derecho español se haya ocupado por vez primera del contrato de agencia.

Que el anunciante persiga a través del contrato la obtención de un resultado no es algo que, en principio, repugne a considerarlo como de comisión. El Profesor GARRIGUES no duda en sostener que "la finalidad económica perseguida por el comitente" "es la consumación ... de la operación encargada" (18). Al contrato de comisión no le es ajeno en modo alguno el resultado que se alcance. Y se estima que el premio al comisionista sólo se debe cuando aquél se obtuvo. Y aunque ésto se exprese como opinión ante el silencio del Código de comercio, el argumento y la autoridad de quién lo formula me parece suficiente (19).

Un obstáculo mayor creo encontrar en lo relativo a la obligación de instrumentar el proyecto, Porque si el mandato se caracteriza, como figura diversa de los contratos de servicios, en virtud de la relación triangular que implica (20), aquella obligación estará en función de la auténtica del mandato que es la actuación frente a terceros. El proyecto sería algo meramente preparatorio de la operación encomendada por el anunciante. Sin embargo tiene en sí mismo una gran importancia y es la calidad de los proyectos de la agencia lo que determina al anunciante a contratar. Ciertamente que son presupuestos de la comunicación y que en ningún precepto legal se encuentra base para negar que la preparación de los encargos del mandatario o comisionista no puedan ser de una gran importancia técnica o económica. Al contrario, la amplitud con que el Código civil define el mandato, que no es desmentida por el Código de comercio, permiten en general al mandatario o comisionista recibir encargos de operaciones de muy diversa índole y naturaleza. Por lo demás, la complejidad creciente de la vida moderna y su marcha por los caminos de una progresiva tecnificación hacen necesario que el Derecho se interprete de modo que brinde cauces suficientes y superadores de viejas estampas tradicionales.

Las dificultades para una calificación unitaria e irrevocable vienen desde otros ángulos. No se compadece con el concepto de la comisión la práctica de que las agencias perciban retribuciones de parte de los medios. Tampoco es conciliable la práctica consistente en contratar con los medios a través de una agencia de distribución. Pero, sobre todo, no puede olvidarse que el proyecto publicitario no tiene por qué ejecutarse sólo mediante contrato de difusión o tarifa concertados con los medios institucionales. Si cuando esto ocurre la norma del artículo 33 del Estatuto aclara suficientemente que la agencia actúa por cuenta del anunciante, no puede decirse lo mismo en los casos en que el acto de publicidad se produzca en otras formas.

Por lo tanto creo que resulta estéril cualquier intento de comprender el contrato de publicidad sea en la categoría de los de obra, sea en la de la comisión.

Se trata de un contrato cuyo régimen legal combina prestaciones que se adscriben más o menos fácilmente a una u otra de esas figuras. Porque no supone sino el marco jurídico de una relación de colaboración entre anunciantes y agencia por virtud del cual ésta pone al servicio de las necesidades publicitarias de aquél su propia organización especializada. Se

utilizará unas veces como prestadora de unos auténticos servicios en sentido técnico, otras para la obtención de un resultado que prevalece sobre la actividad, y que puede alcanzarse actuando como comisionista o sin actuar como tal. Lo más seguro será que se combinen en el caso concreto todas estas prestaciones, En mi opinión, la ley ha recogido las normas que se han reputado indispensables a la protección de los específicos intereses que pueden manifestarse en la relación publicitaria. Pero no agota el régimen jurídico de la misma porque el contenido concreto de cada contrato puede ser muy diverso.

Y en último término las normas que deban traerse para integrar el régimen estatutario habrán de ser en cada caso las más adecuadas después de una cuidadosa ponderación de los intereses, sin demasiadas preocupaciones conceptualistas ni dogmatismos cerrados. Por lo mismo la interpretación de los artículos que el Estatuto dedica a la disciplina del contrato de publicidad, creo que debe basarse buscando sobre todo el modo de que produzca su mayor eficacia el contrato con absoluto respeto a la reciprocidad y equivalencia de las prestaciones.

## VI - CONTENIDO DEL CONTRATO DE PUBLICIDAD

### A) Obligaciones de la agencia.-

La agencia debe al anunciante una prestación única: la comunicación publicitaria.

Pero esta prestación comporta el cumplimiento de unas obligaciones cuyo conjunto la determinan.

a) Obligación de instrumentar el proyecto publicitario.- Se ha repetido, incluso con exceso, que cuando un anunciante recurre a la agencia de publicidad lo hace en atención a sus condiciones de experta en las técnicas publicitarias que comprenden las de persuasión de masas y las de aprovechamiento de formas y medios de penetración.

No es cuestión de repetirse indicando ahora cómo el proyecto supone un proceso complejo que influye diversos aspectos interdependientes. Baste con señalar que en la actualidad - y es a lo que tienden los "publicitarios" y reconoce el mismo Estatuto - al menos en la teoría, está muy lejos aquel proceso del hallazgo de una idea feliz. Se trata de un esfuerzo "creativo" humano que exige también la disposición de unos medios materiales. Por ello justamente la ley se preocupa de exigir una "organización adecuada" y no duda en calificar a las agencias de empre

sas.

Dos puntos me parecen de la mayor significación en este orden de cosas. En primer lugar, el proyecto es el resultado de unos servicios profesionales. Pertenece por descomulgado al ámbito de las creaciones inmateriales. Y aunque el proyecto en sí no es una obra artística en algunos de sus elementos es importante el juicio estético que puedan merecer. No pueden merecerlo las piezas que contengan el estudio sobre la valoración y estrategia de los medios cuya selección se justifica o el presupuesto concreto de la inversión. Sí pueden merecerlo las piezas que como corpus mechanicum incorporan los mensajes.

Respecto de éstas, pues, cabe distinguir lo que es un aspecto de ideación de lo que es su "realización". Es esta última en concreto la que puede soportar un juicio de valor desde los criterios de la estética. Pero sobre la ideación en sí y sobre aquellas otras piezas, no cabe más juicio que el pericial, porque se supone por definición que la concepción del mensaje es fruto de la aplicación de unas técnicas, estimadas en su calidad a priori por el anunciante a su propio riesgo.

Por otro lado, la subordinación de la publicidad a la actividad principal del anunciante comporta que la agencia reg

liza no cualquier proyecto publicitario sino en concreto el que trata de favorecer la contratación del producto o servicio que el anunciante desea. Para lo cuál es imprescindible atender a la finalidad global que éste persigue y multiples circunstancias emanadas de su posición en el mercado, la competencia, cualidades intrínsecas de los productos o servicios, etc.. Todo ello sólo puede extrarse de una estrecha vinculación entre agencia y anunciante y de la transparencia para aquélla de las circunstancias de éste. Por lo mismo, es lógico que la agencia tenga que disponer de una información indispensable que sólo el anunciante puede suministrarle.

Esta es la razón a que responde el artículo 34 del Estatuto que, a pesar de su reprobable dicción literal, no impone al anunciante obligación alguna en sentido técnico sino sólo lo que puede denominarse un "deber del acreedor". Ciertamente que el cliente es el primer interesado en que la agencia conozca a fondo su actividad principal, el contenido de ésta y sus propósitos, pero no se le puede imponer como obligación que descubra lo que no quiere, ni tendría además ningún sentido en la dinámica funcional del contrato, puesto que la agencia sólo se obliga al resultado publicitario pero no responde "del rendimiento de la eficacia" (cfr. art. 37 E.P.).

El artículo 34 viene, a mi juicio, a resaltar que el proyecto no es objeto del contrato de publicidad, en el sentido de que sobre él no recae el consentimiento de las partes. El proyecto se elabora por virtud de un contrato ya perfecto, concluído por el anunciante en vista de las circunstancias y capacitación técnica de la agencia que selecciona a su exclusivo riesgo.

La agencia lo elabora aplicando sus técnicas a la realidad que le suministra el anunciante. Y su resultado será uno de los posibles proyectos que hubieran podido elaborarse. El abanico de posibilidades en el aspecto técnico está en función de la capacitación de la agencia. Cuanto mayor sea ésta menor será aquél. En el aspecto estético, en la medida que cabe, se comprende que el número de opciones es ilimitado,

Pues bien la agencia cumple su obligación aplicando toda su técnica con diligencia profesional a la realidad que el anunciante le suministra. El valor estético es algo que, por definición, queda al margen de cualquier pronunciamiento.

Lo que hasta aquí se ha expuesto será útil a efectos del examen que se considera imprescindible de la determinación y de la licitud de la obligación de la agencia.



a') Ante todo hay que tener en cuenta que la prestación de la agencia en el contrato de publicidad no se agota en la elaboración del proyecto sino en su ejecución. Pero puesto que aquél es el antecedente de ésta no resulta impertinente plantearse aquí la cuestión de si el contrato tiene o nó su prestación determinada. Problema que, como se advierte, es de vida o muerte para el contrato mismo.

Es axiomático que si la instrumentación del proyecto está en el contenido del contrato es que éste ya existe y que por lo tanto tiene las prestaciones determinadas o determinables sin necesidad de nuevo convenio. Ciertamente para que ésto sea así hace falta que se contengan en el contrato unas referencias indispensables que determinen o hagan determinable la prestación.

La referencia en cuanto a la especie (cfr. art. 1.273 C.c) no puede dudarse que exista. El encargo que recibe y asume la agencia es el de realizar una actividad de comunicación publicitaria, que por su naturaleza habrá requerido que se haya señalado el tipo concreto de producto o servicio que será el contenido de los mensajes. En los tratos preliminares se habrán señalado también los propósitos del anunciante, las dificultades que quiere combatir, etc.. Sin contar los casos en que

se habrán pasado instrucciones concretas a la agencia sobre tipo de publicidad que se quiere realizar, argumentos que quieren utilizarse, medios que en concreto deben incluirse, "espacios" que se estiman deseables, y, en fin, sobre una amplísima variedad de materias que sería imposible e inútil tratar de agotar.

Pero estas instrucciones me parece que no son imprescindibles para poder sostener, incluso cuando falten, que, en cuanto la especie, la prestación está determinada. Porque lo que importa a esos efectos es que se conozca que se trata de comunicaciones al público promotoras de la actividad principal del anunciante. El modo, la forma, el contenido, el tiempo de esas comunicaciones es algo que incumbe a la agencia justamente por virtud del contrato, porque es algo que se deja al cuidado de la técnica publicitaria. Se plasmará en el proyecto.

Es preciso además que la determinación o determinabilidad alcance a la cantidad (cfr. art. 1273 C.c.). La cuestión ahora no es tan fácil. No hay dudas si se ha señalado una cifra global de inversión, porque su reparto entre medios diversos también pertenece al cuidado de la técnica publicitaria, y será una pieza más del proyecto. Lo mismo, y con más razón,

ocurre si yá el anunciante ha dado instrucciones concretas sobre cómo en concreto desea repartir su presupuesto global.

En este punto, en la práctica suele ser frecuente, o al menos puede ocurrir, que se deje también al cuidado de la agencia señalar una cifra que se estima adecuada a las necesidades publicitarias del anunciante, pero sin que éste renuncie a pronunciarse definitivamente sobre ella. No hay que decir que esta incomprensible práctica se encuentra en los casos de los nuevos anunciantes o de los modestos para los que la publicidad es algo que debe soportarse como un mal inevitable aunque no saben muy bien por qué. Concibiéndola así no es de extrañar que se desconozca la incidencia de las acciones publicitarias en los costes unitarios y que se vea en ella un gasto general más, indiscriminadamente.

Peró sea ésta la causa o cualquier otra, me parece que en ese caso no puede hablarse de determinación, ni en consecuencia de existencia del contrato de publicidad.

Y lo que es más ni siquiera podrá hablarse de que exista un posible precontrato puesto que para su existencia es igualmente necesario que no venga exigido nuevo acuerdo ulterior sobre la determinación de los elementos que serán objeto del contrato definitivo.

Eilo no quiere decir que no haya podido establecerse una relación entre anunciante y agencia que deba regularse por los posibles pactos y condiciones que hubieren convenido. Lo que se afirma es que no existe ni un contrato de publicidad ni un contrato preparatorio. Tampoco se podrá intentar reconducir sin más al marco del contrato "de obra o creación" puesto que la indeterminación de la prestación que se pensaba contenido de un contrato no puede operar el milagro de que se altere la voluntad de las partes para considerarlas ligadas por un contrato que ni previeron ni quisieron. De existir algún convenio entre ellas se tratará de un contrato atípico que se regirá por su propio tenor. De no existir convenio alguno, siempre será posible reconducir el supuesto al cauce de los tratos preliminares que, presididos por el principio de buena fé, dan lugar a la responsabilidad precontractual, en donde las agencias pueden encontrar refugio a su legítimo interés, y los anunciantes al suyo de no verse sorprendidos con un proyecto por el que se le reclamen gastos abusivos.

En íntima conexión con este tema, por lo que aun que también mire al aspecto de la ejecución no es impertinente ahora, se encuentra el supuesto de que el contrato se subordi

ne a la previa aprobación del proyecto, fiada al arbitrio del anunciante.

Se ha señalado más arriba que existe un evidente interés de éste en conocer y decidir sobre la actividad publicitaria que para él instrumenta la agencia. Esto me parece algo incuestionable, La práctica así lo evidencia además, y la propia ley lo recoge (cfr. art. 33 E.P.),

Ahora bien, una cosa es que el anunciante deba aprobar el proyecto y otra que la eficacia o la existencia misma del contrato se hagan depender de esa aprobación.

No hay que decir que cabe también que el anunciante introduzca alteraciones en el proyecto.

Los motivos reales por los que el proyecto puede reprobarse son variadísimos. Pero me parece que desde un punto de vista jurídico las consecuencias han de medirse de modo diverso según se esté en uno de los dos siguientes supuestos: De un lado, el caso en que el cliente dió instrucciones a la agencia o recayó la aprobación sobre un anteproyecto en el momento de la conclusión del contrato o posteriormente. De otro, el caso en que no ocurrió así.

Si el anunciante no concretó sus instrucciones o

nó se tuvo en cuenta anteproyecto alguno, es evidente que se dejó el proyecto a la iniciativa de la agencia, confiando en su capacidad técnica especializada. Tanto en este caso como en aquél en que el proyecto se ajuste a las instrucciones o al anteproyecto, la agencia, al elaborarlo, ha iniciado el cumplimiento de su prestación. La aprobación a que se somete no juega ningún papel respecto a la existencia del contrato. La reprobación posible no puede estimarse ni como condición suspensiva ni resolutoria, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.115 del Código civil. Sin embargo, el cliente podrá reprobalo, y de hacerlo, el proyecto no debe ejecutarse. Para esta exigencia de la realidad la técnica jurídica brinda, a mi juicio, el expediente de la revocación. Si el anunciante reprueba el proyecto ocurre que es como si revocara el encargo conferido a la agencia. Ello no supone dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes, sino que por tratarse de una relación de colaboración y de gestión de un sector de actividad conexas a la que él ejerce, es dominus de aquélla y puede en todo momento revocar el encargo conferido. Cabe, por analogía aplicar el criterio contenido en el artículo 279 del Código de comercio.

Pero la revocación no supone sin embargo que no haya de estimarse el interés de la agencia. Habrá realizado unos gastos de los que al menos deberá quedar indemne. Y parece aplicable también por analogía lo que dispone el artículo 278 del Código de comercio. Claro es que seguramente se planteará el problema de la oportunidad de esos gastos y de su cuantía. Si el asunto no estaba previsto entre las instrucciones que el anunciante dió o en el caso de que éstas no existieran, me parece que la cuestión deberá quedar al arbitrio de los Tribunales, pero teniendo en cuenta lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 255 del Código de Comercio.

Otra cosa muy distinta es que el proyecto elaborado por la agencia no se ajuste al anteproyecto o a las instrucciones recibidas del anunciante. La reprobación ahora será consecuencia de que la agencia ha iniciado un cumplimiento defectuoso. En este caso puede ocurrir que el anunciante insista en que se realice el proyecto o puede revocar el encargo. También ahora, desde luego, el expediente más adecuado es el de la revocación. No cabe hablar de una resolución del contrato sinalagmático porque no se trata aquí de

un incumplimiento de la prestación de la agencia. Pero no puede dudarse que a ésta le alcanza analógicamente la responsabilidad que prevé el artículo 256 del Código de comercio. La lógica dicta que en este supuesto no pueda hablarse de un derecho de la agencia a quedar indemne del mandato recibido porque parece que éste sería el primer daño que al anunciante se causaría.

Independientemente, el anunciante puede introducir modificaciones en el proyecto. Es evidente que en los dos primeros casos propuestos no existe dificultad. La agencia aceptará introducirlas como consecuencia de nuevas instrucciones pero no perderá su derecho a quedar indemne de los gastos ocasionados por el proyecto y por estas mismas modificaciones.

En el caso de que la agencia no se hubiera atendido a las instrucciones, las modificaciones pueden consistir precisamente en reajustes del proyecto que traten de conformarlo a lo previsto y ordenado por el anunciante. Si con esas modificaciones llega efectivamente a realizarse el proyecto definitivo es obvio que nó en lo que exceda, pero sí en lo pertinente, la agencia se habrá situado en análoga posición a la que se contempla en los supuestos anteriores.



Aunque no ha parecido ocioso detenerse en esta consideración del problema de modo tan general, sin embargo en la realidad será muy difícil que se produzcan los hechos del modo expuesto. Además el proyecto en ese sentido globalizador acaso existirá en el momento de arranque de la acción publicitaria o cuando sólo se prevea un sólo acto. Pero lo más frecuente será que aquélla se desenvuelva por una serie de actos de distinta condición. Desde luego, lo dicho con carácter general para el proyecto vale para los casos en que se trate de la instrumentación de cada pieza indispensable para la reproducción y por lo tanto para que se produzca el acto de publicidad. Pero hay que tener en cuenta también que la acción puede suponer una duración en el tiempo, y que en ciertos casos la renovación del "material" publicitario durante el desarrollo vendrá exigida por la misma técnica publicitaria. Basta con pensar en el hastío y hasta la aversión que produce la repetición excesiva de los spots que se pasan por televisión una y mil veces. Pues bien, es indudable que esa renovación del material puede haberse dejado al arbitrio de la agencia o no haberse dispuesto así. En el primer caso se estará en supuesto que permite aplicación analógica del artículo 255 párrafo segundo del Código de comercio, en cuanto a la iniciativa de la renovación

vación pero nó desde luego en cuanto la exigencia de que el nuevo material sea sometido a la aprobación del anunciante . Claro es que si éste no lo aprobare se estará en un caso se mejante respecto a la satisfacción por los gastos al que se con templó más arriba en relación con el proyecto realizado sin instrucciones.

En el caso de que no se hubiere previsto la ini ciativa de la agencia ésta deberá consultar previamente la re- novación, por analogía con lo que establece el párrafo primero del artículo 255 del Código de comercio. Y es claro que res- pecto a la satisfacción de los gastos deberá estarse a lo que se dijo antes en los supuestos de existencia de instrucciones, según la agencia se atuviera o nó a ellas.

Como se advierte todos estos supuestos son algo muy diverso de que la aprobación de la campaña constituya el punto de partida de la relación contractual. En tal caso no cabe duda de que el contrato se perfecciona sólo a partir del momento de la aprobación. No existe contrato alguno antes. Ni siquiera puede decirse que exista un contrato preliminar o preparatorio, puesto que se dejaría su cumplimiento, que es la conclu- sión del contrato definitivo, al arbitrio de una de las partes .

Tampoco puede admitirse, como se razonó más arriba para el supuesto de indeterminación de las prestaciones, que exista un contrato de obra o creación publicitaria.

Ahora bien lo que no puede dudarse es que se habrá iniciado un iter negocial. Por lo que es preciso también ahora distinguir dos supuestos. La iniciativa de encargar un proyecto cuya aprobación arbitraria por el anunciante sea base del consentimiento contractual, puede provenir del anunciante mismo. Y tendrá unas consecuencias diversas de las del caso en que la iniciativa de presentarlo parta de la agencia.

En el primer caso, se tratará de una invitación para ofrecer que formula el anunciante a la agencia. En el segundo puede consistir en una simple invitación o bien en una auténtica propuesta u oferta contractual.

En ambos, es evidente que deberá jugar un importante papel el principio de la buena fé.

Si es el anunciante quién invita a la agencia, ésta podrá imponer determinadas condiciones para responder a la invitación con su oferta que lógicamente consistirá en un proyecto publicitario. Podrá desde luego señalar una cifra que remunere su proyecto aún en el supuesto de que sea rechazado. Sobre tal remuneración deberá recaer el consentimiento del anunciante.

El principio de la buena fé impedirá que no habiéndose pactado nada sobre el particular, la agencia pueda sorprender al anunciante con un costosísimo proyecto que pretendiera encontrar remuneración.

Esto es justamente lo que dispone el artículo 39 del Estatuto en su párrafo primero. En la ponderación de intereses, la ley se inclina a favor del que es portador el anunciante sin duda por estimar que es la parte menos protegida frente a la prepotencia que la capacidad profesional otorga a la agencia. Por eso se resuelve por exigir un pacto expreso, considerando sin duda que mediante esta posibilidad queda también suficientemente tutelado el interés de la agencia.

Pero el propio artículo 39 en su párrafo segundo invierte el criterio para el caso que la invitación del anunciante se haya dirigido a varias agencias, mediante un "concurso público o privado". Sale la ley al paso de una práctica frecuente entre los anunciantes de solicitar proyectos a varias agencias para decidir cuál es el que debe seleccionarse para la ejecución de su publicidad. Si formula la consulta a modo de público concurso o simplemente entre un número de agencias previamente preseleccionadas, la ley estima que en este caso es el interés de la agencia el que debe tutelarse con preferencia al del anun

ciente puesto que sólo una de las agencias resultará favorecida o al menos alguna de ellas no será seleccionada. Recurre el artículo 39 al expediente de presumir que existe el pacto de remunerar los proyectos que se presenten y que no sean aprobados.

Como se advierte el precepto no deja de entrañar dificultades. Porque si bien señala el derecho a la retribución no impone límite alguno o siquiera un criterio a que poder atenderse para juzgar de lo que se estima razonable. El asunto es importante por dos motivos. Por tratarse de un concurso o al menos de una competición entre varias agencias. Lógico será entonces que éstas pretendan formular sus ofertas del mejor modo posible y con la suficiente instrumentación técnica como para obtener la aceptación. Pero además, en principio, un proyecto publicitario no tiene límite en cuanto a su coste. Análisis motivacionales, prospecciones de mercado, estudios sociológicos y de comportamiento de masas, económicos y de audiencia, etc. etc. son en realidad un bagaje instrumental para la elaboración de un proyecto. Es sabido las múltiples formas en que esos estudios pueden realizarse y cómo puede oscilar su coste. No parece justo que la simple norma del

artículo 39, párrafo segundo, sea fundamento a una pretensión que resultara abusiva por parte de la agencia.

Creo que la ley lo que ha pretendido al expresar se diciendo que "se presumirá existente" el pacto de remunerar los proyectos es o eliminar la práctica de la invitación a varias agencias o forzar a los anunciantes a que cuando la cursen determinen el importe que abonarán por los proyectos.

En ausencia de esta previsión, no me parece que quede otro camino que el arbitrio de los Tribunales de Justicia que atemperarán las pretensiones a los dictados del principio de la buena fé.

Si la iniciativa en la presentación del proyecto parte de la agencia, es obvio que ya sea simple invitatio u oferta propiamente dicha, lo hace a su propio riesgo y por consiguiente ella sola deberá soportar los gastos que se le hayan originado. Sin que quepa hablar de la posibilidad de un pacto puesto que, por definición, el anunciante es ajeno a la actividad de la agencia hasta que le formula su propuesta.

Pero tanto la iniciativa proceda del anunciante como de la agencia, el artículo 39 en su párrafo final dispone que el anunciante no podrá utilizar sino a través de la agencia el proyecto que se le haya "ofrecido previamente". Se formula la norma

como un supuesto de responsabilidad del anunciante. Creo que ello solo es posible si se piensa en la responsabilidad precontractual, justamente por faltar al principio de la buena fé. También ahora - serán los Tribunales quienes deban fijar el alcance de esa responsabilidad. Y aunque la norma no lo diga, e incluso por su tenor - literal parezca excluirlo, no hay ninguna razón por la que no quepa un pacto entre anunciante y agencia por cuya virtud aquél adquiera de ésta el derecho a la utilización.

En estos supuestos, no puede hablarse propiamente de que exista un contrato de publicidad. La agencia realiza su proyecto bien como invitación para ofrecer bien como propuesta de contrato. Se sitúan entonces en un momento claramente precontractual.

Justamente por ésto resulta censurable la sistemática legal al incluir estas cuestiones dentro de la Sección relativa al contrato de publicidad. Cuando menos deberían haberse - situado no al final de la Sección porque miran a la iniciación del iter negocial. Su incorporación como una norma más de la disciplina jurídica del contrato puede llevar a la equivocada conclusión de que su párrafo primero se aplica a cualquier proyecto - que la agencia instrumenta en cumplimiento del contrato y --- que no llega sin embargo a ser ejecutado. Se aplicaría enton--

ces a todos los casos que se han expuesto más arriba de reprobación del proyecto por el anunciante.

Nada más inexacto, en mi opinión. En primer lugar porque la norma ha de interpretarse unitariamente y nó por sus párrafos separados. Relacionando el segundo con el primero se deduce que el supuesto que contempla el artículo 39 es el de los proyectos realizados antes de que el contrato esté perfecto. A mayor abundamiento el párrafo tercero indica que el precepto se refiere sin género de dudas a tales supuestos, no obstante la aparente generalidad con que está concebido y la también aparente utilidad que encierra incluso para el caso de que se trate de proyectos que se elaboren por la agencia en cumplimiento del contrato. Pero insisto en que ésto es sólo aparente. Precisamente considera necesario la ley establecer la norma del párrafo tercero del artículo 39 porque entre anunciante y agencia no existe contrato alguno. Porque en caso contrario, es suficiente la norma contenida en el artículo 70 in fine y en el 71. Aunque el proyecto no se haya aprobado por el anunciante y por lo tanto no se haya ejecutado, el contrato de publicidad marcaría los límites dentro de los cuáles aquél podría ser utilizado. Fuera de ellos no cabe por virtud de lo dispuesto en los dos últimos preceptos citados, sin necesidad de recurrir al párrafo tercero



del artículo 39 que es imprescindible en cambio para obtener el mismo resultado de protección cuando no exista contrato de publicidad.

Además, y en segundo lugar, no existe justificación alguna para que la agencia no encuentre protección para resarcirse de los gastos realizados en el desempeño de la obligación que asume en el contrato de publicidad. Debería, a mi juicio, ser muy clara y terminante la ley en este punto para que se pudiera considerar que desconoce aquel interés en contra de lo preceptuado con carácter general en nuestro Ordenamiento sobre indemnidad del mandatario y comisionista (cfr. arts. 1.729 C.c. y 278 C. de co.), que son el paradigma de los gestores de negocios por cuenta ajena, a los que en este aspecto se aproxima la agencia. No existe ningún riesgo para el anunciante, teóricamente lego, en que la agencia pueda llegar a pretensiones abusivas puesto que o bien están los límites de las instrucciones dadas o bien jugará como tal lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 255 del Código de Comercio. Y en todo caso serán los Tribunales los llamados a atemperar a los criterios de justicia esa norma.

No parece justo que se admita la aplicación del párrafo primero del artículo también cuando el contrato existe

porque de él, a sensu contrario, se deduciría que sí llegarían a remunerarse "los trabajos preparatorios o programas" cuando la publicidad se ejecutare. Con lo que dependería del anunciante la irrogación de un perjuicio a la agencia, supuesto que aquél decide sobre la ejecución mediante la aprobación o reprobación arbitraria del proyecto. Siempre, claro está, que no se hubiera pactado lo contrario.

Ha de observarse además, y me parece fundamental, que el artículo 39 habla de "remunerar" que es algo bien distinto a satisfacer los gastos que a la agencia se le hayan ocasionado.

Y en esta misma línea, interpretando el artículo 39, párrafo primero a sensu contrario se llega a la conclusión de que en realidad viene a decir lo mismo que el artículo 32 que se refiere al sentido remunerador que tiene la contraprestación que la agencia recibe. Sólo que aquél se refiere a los supuestos en que el contrato no existe.

Se vé que ni uno ni otro precepto en realidad se refieren al problema de la satisfacción de los gastos. La única norma que contiene un atisbo es la del artículo 38 que impide que la suspensión del contrato por el anunciante "origine perjuicio" a la agencia. Supuesto que toda suspensión de un contrato

origina el perjuicio a la otra parte de ver frustrados los beneficios que le cabía esperar iba a obtener, el perjuicio a que se refiere el artículo 38 no puede ser otro que el que se sigue de unos gastos realizados en cumplimiento del contrato.

b.) No puede hablarse de determinación de la prestación sin hacer igualmente referencia a los aspectos de su posibilidad material y jurídica (cfr. art. 1.272 C.C.).

No parecen necesarias mayores consideraciones en torno a la posibilidad material. No lo sería, por caso, encargar una campaña para televisión en color. Más importante ofrece lo relativo a la posibilidad jurídica.

Hacer publicidad es algo perfectamente lícito en sí, la ilicitud sólo puede venir por uno de estos dos caminos. Por la vía objetiva que constituye el contenido de la actividad principal del anunciante a cuyo favor la publicidad se ordena, y por la formal - en sentido amplio - de la comunicación al público.

Se advierte una profunda diferencia entre ambas. Mientras que el contenido está presente a lo largo de toda la relación contractual, desde que se inicia el iter del negocio hasta que se consuma, la forma de la comunicación sólo excepcional-

mente es relevante fuera del ámbito de la ejecución del acto publicitario.

A mi juicio, en este punto es necesario deslindar con cuidado dos cuestiones. De un lado, la que se refiere a la validez del contrato. De otro, la que mira a la responsabilidad frente a terceros por un acto de publicidad ilícito.

Es un servicio ilícito hacer publicidad de un bien que está fuera del comercio de los hombres o de un servicio contrario a la ley o a las buenas costumbres. También es ilícito el servicio de hacer publicidad en una determinada forma, lato sensu, que está prohibida en la ley (cfr. art. 1.271 C.c.). Esto es algo que afecta esencialmente a la validez del contrato de publicidad. El que tuviera por objeto tales prestaciones estaría afectado del vicio de nulidad con las consecuencias generales que previene el Código Civil.

En cualquier caso, es de observar que la forma del acto de publicidad tiene a estos efectos unas consecuencias muy diversas de las que se anudan al contenido. La ilicitud de éste vicia siempre de nulidad al contrato. Pero sólo si la forma ilícita se previó y consistió en el momento de la perfección que da aquél viciado. Y hay que conocer que éste será un supuesto muy anormal, y con valor casi exclusivamente académico.

Porque, en efecto, lo normal será que la cuestión de la forma del acto se determine en el proyecto que la agencia elabora. Ni siquiera del proyecto en sí puede predicarse la licitud o ilicitud, sino de su ejecución. Pero en todo caso esto es algo que ya no afecta a la validez del contrato sino a su cumplimiento.

Cierto que la agencia deberá elaborar su proyecto de modo que ni por "lo" que vaya a comunicarse, ni por su expresión formal - en sentido tan amplio como para acoger el lugar y el tiempo en su caso - se contrarie lo que dispone la ley o lo que imponen las buenas costumbres. Pero ésta es cuestión relativa a la ejecución del contrato inter partes, y frente a terceros, a la responsabilidad.

El hecho de que sobre el proyecto recaiga aprobación del anunciante ya es sabido que no supone consentimiento en sentido técnico. Afecta también al cumplimiento de la dinámica contractual y podrá jugar su papel a lo sumo en lo que toca a la responsabilidad frente a terceros.

Para esta cuestión de la responsabilidad por el acto publicitario ilícito nos remitimos a lo que se indicó en su momento (21). Baste con dejar consignado que el deber que a la agencia impone el artículo 26 del Estatuto me parece que debe

extenderse a rechazar las instrucciones que sobre la instrumentación del proyecto le pase el anunciante y que sean contrarias al Estatuto, a las leyes o de las que resulten daño o perjuicio para tercero. Por lo demás, obviamente la agencia al elaborar el proyecto deberá tener en cuenta los límites que se imponen a la actividad publicitaria por razón de la forma lato sensu. Pero ésto es algo que está en la naturaleza de su misma condición de especialista. Si se quiere, es algo que se asume en virtud del riesgo profesional. Ni más ni menos que lo que dispone el artículo 259 del Código de comercio para el comisionista.

Analizadas las cuestiones relativas a la determinación y licitud de la prestación desde la óptica de la obligación de instrumentar el proyecto, parece conveniente terminar el análisis de ésta haciendo referencia a si tal obligación ha de cumplirse necesariamente por personas y con medios que prestan servicio y pertenecen respectivamente a la agencia.

Nada dispone la ley sobre la materia. No se ofrecen dudas de que, definida la agencia como empresa, ésto es, como organización, contará con el concurso de varias personas y dispondrá de diversos medios materiales para el cumplimiento de su obligación. Pero no se trata de ésto ahora, aunque el

asunto no deja de brindar un aspecto interesante para el Derecho. En la actividad publicitaria, a pesar de la creciente tecnificación que conoce y conocerá, destaca, como es natural, la impronta personal del "publicitario". No puede olvidarse que es algo que se dirige al "hombre". Por lo tanto el equipo humano cobra singular relieve, hasta el extremo de decidir en muchos casos la opción del anunciante. Pero también por la misma naturaleza de las cosas, ese equipo humano suele ser muy fluctuante lo que impide a las agencias en este orden de cosas una deseable estabilidad. Estas fluctuaciones que supone la movilidad del personal de la agencia no dejan de repercutir en las relaciones entre anunciantes y agencia y, por lo tanto, en el contrato de publicidad. Yo no sé si ésto ocurre hoy en las grandes organizaciones publicitarias. Me apresuro a decir que seguramente en ellas aunque continúe sucediendo no presentará los tintes críticos que tiene para organizaciones modestas o medianas. Basta que suceda o pueda suceder en una sola agencia para que el Derecho trate de dar la solución que se estime más adecuada. Me parece que la cuestión está indisolublemente vinculada al criterio que se sustente en torno a la extinción del contrato por voluntad del anunciante. Porque si éste puede revocar en cualquier momento el encargo conferido a la agencia, podrá hacerlo cuando

haya dejado de prestar en ésta sus servicios aquél o aquéllos cuyas cualidades personales había tenido y tenía en cuenta. Si se partiera del criterio contrario, la solución aparece más compleja puesto que habría que optar a mi juicio entre la aplicación del principio "pacta sunt servanda" y la analógica de la norma contenida en el artículo 1.595, párrafo primero del Código civil, para lo que habría que extender desde luego el supuesto de la muerte que contempla al de desaparición del personal de la agencia, y ello una vez aclarado que procedía la analogía en virtud de la aproximación en este punto del contrato de publicidad al de obra. En definitiva sería cuestión reservada al arbitrio judicial que seguramente se inclinaría por el principio de conservación del contrato. En todo caso me remito al apartado relativo a la extinción del contrato.

El otro aspecto de la cuestión es el que se refiere a la posibilidad de que la agencia recurra al concurso de terceros para la instrumentación del proyecto.

A mi juicio el silencio de la ley debe interpretarse como permisivo. Existe ante todo una razón deducida de la experiencia. La complejidad en ocasiones de las tareas conducentes a la elaboración del proyecto hacen necesario ese recurso. A ello no se opone lo que dispone la ley y el Reglamento



del Registro respecto a la organización con que han de contar las agencias para alcanzar el título habilitante. Se trata de normas administrativas que no deben integrar las relativas a la contratación. Pero además de ningún modo han de significar que en el caso concreto la agencia haya de poner a contribución su compleja organización. Por otra parte, solo eso, organización, se exige a las agencias. En ese cumplimiento pueden entrar de hecho las relaciones jurídicas que la agencia tenga establecidas justamente para utilizar a terceros en los servicios que presta a sus clientes. Piénsese por ejemplo en los contratos entre agencia y empresas que prestan servicios de análisis de mercado o motivacionales, o en los que vinculan a la empresa con grafistas o realizadores del llamado "arte final", etc. No es fácil imaginar que se exigiese que una agencia de publicidad hubiera de mantener continuamente y en su seno los medios suficientes para desarrollar todos los estudios, por complejos que fuesen, que pudieran resultar necesarios para la programación publicitaria. Ello repugna a la mentalidad de nuestros días presidida por el principio de la especialización y división del trabajo.

Pero en último término lo importante es la vertiente jurídica del tema. Las consideraciones expuestas, vertidas al campo del Derecho, deben llevar a la consecuencia de que al anun-

ciente en principio le resulta indiferente el modo como la agencia ha llegado a la instrumentación del proyecto. El ha confiado en su capacidad técnica no solo por su autosuficiencia sino también por su grado de capacidad en saber elegir y dirigir a los mejores, según su prudente criterio.

En la actividad preparatoria de la ejecución de la publicidad, y a ella se reconduce la elaboración del proyecto, lo que destaca es la idoneidad del resultado para el fin a que se destina. Lo que en todo caso importa es que la responsabilidad del mismo la asume la agencia frente al anunciante con carácter exclusivo. Esa asunción de la responsabilidad por la agencia es lo que pretende el anunciante puesto que le mantiene la confianza que su capacidad técnica despertó.

b) Obligación de ejecutar el proyecto.

La agencia debe llevar a efecto la comunicación del mensaje al público. Esta obligación completa, con la precedente, la prestación principal de la agencia. Supone, en suma, la ejecución de los actos -o del acto- publicitarios.

Lo normal será que se trate de una serie de actos de muy distinta naturaleza que impongan a la agencia una tarea muy variada.

Pero en definitiva todos consistirán en la incorporación del mensaje al soporte que lo transporta al conocimiento público. De esos soportes unos serán los vehículos que constituyen los medios institucionales y otros no. Supuesto que la agencia ni dispone de éstos ni puede ser titular de aquéllos, la ejecución de los actos comporta la conclusión de negocios que permitan obtener el resultado de la comunicación.

Sean o no medios institucionales, en todo caso, la obligación de la agencia no se agota con la conclusión de los negocios sino que persiste hasta que efectivamente se consuman. Porque lo que promete al anunciante no es que contratara para que otros difundan sino que se producirá efectivamente la difusión.

El proyecto habrá previsto las circunstancias de forma, tiempo y lugar para cada uno de los actos publicitarios. Respecto a la forma se habrá señalado la "pieza" que haya de reproducirse y cómo. Así el original gráfico y las maquetas según se trate de publicidad en prensa periódica o de cualquiera de las formas de publicidad directa. Así el prototipo de un exhibidor o de un rótulo luminoso. Así el esquema del desarrollo de un concurso, la grabación gramfónica o el spot, película o filmlet. Junto a ello se habrán señalado los medios que vayan a utilizarse en concreto.

En cuanto al lugar, se habrá previsto el emplazamiento de los mensajes geográficamente -publicidad exterior- o incluso dentro de cada medio: Determinación de páginas, columnas, programas u horarios, "espacios". Por último en lo relativo al tiempo no solo se habrá tenido en cuenta la posible repetición de los actos sino si es necesario o no que cada uno de ellos se produzca en una fecha determinada, y, en caso afirmativo cuándo.

La actividad de ejecución supone también una importante tarea preparatoria. Porque lo normal es que el aquí se ha llamado proyecto solo contenga las ideaciones más o menos elaboradas y resueltas.

La "realización" de los elementos que hacen el mensaje reproducible es labor preparatoria de la ejecución que será desde luego posterior a la aprobación del proyecto por el anunciante. Supone "realizar" el material "original" definitivo, los grabados y grabaciones oportunas, etc.

La obligación de la agencia de ejecutar la publicidad consiste entonces en proceder a esa actividad preparatoria y llevar a ejecución el proyecto aprobado.

También esta obligación es parcial respecto a la total prestación de la agencia vista en su conjunto. Por lo mismo hablar ahora de determinación o posibilidad de la pres-

tación solo puede tener sentido en cuanto venga a completar lo que se ha señalado más arriba. Obviamente no pueden plantearse cuestiones en torno a la determinación. Si la prestación estaba determinada al concluir el contrato aun antes de elaborar el proyecto, el llevarlo a la práctica no añade nada a aquella inicial determinación. Que se deje más o menos al criterio de la agencia sustituir un acto previsto por otro que no lo esté, o sustituir unos medios por otros, o que no se expresen con fijeza las fechas o los exactos emplazamientos etc., no significa nada respecto a esta materia.

Otro tanto hay que decir en relación con la licitud. Ya se señaló antes que la que pueda advertirse en el acto de publicidad no es cuestión que afecte a la validez del contrato sino a su cumplimiento y que, en suma, se reconduce al tema de la responsabilidad frente a terceros. Sin embargo, en este punto si son convenientes ciertas consideraciones derivadas del hecho de que la ilicitud puede venir de la expresión formal del mensaje y de que intervienen nuevos sujetos en su comunicación.

Me refiero en concreto a que el deber de rechazar la publicidad ilícita, lato sensu, se impone también en el artículo 26 del Estatuto a los medios. Por lo tanto la agencia puede encontrarse con que uno de ellos le rechazan la pieza

que para su inserción les envía, por razón de estimar que su divulgación sería ilícita. Al mismo principio en realidad, responderá el caso en que el rehusa a la inserción en concreto se produzca porque el medio estime que no se atiene la pieza al standard que él pueda tener establecido para admitir publicidad, e incluso también el rehusa fundamentado en el segundo párrafo del artículo 26 del Estatuto.

De todo lo expuesto se deduce que son dos las cuestiones principales en torno a la obligación de la agencia que ahora se examina. Una es la relativa a las relaciones con terceros. Otra la que se refiere a las responsabilidades de la agencia frente al anunciante en caso de que no se produzca la comunicación publicitaria, que es tanto como hablar de los supuestos de incumplimiento.

De las dos nos ocupamos seguidamente.

a') Se ha insistido en que la publicidad no tiene por qué realizarse siempre a través de la inserción del anuncio en medios institucionales, aunque éstos sean los más relevantes vehículos publicitarios.

El recurso de la agencia a los soportes, sea o no medios de esa naturaleza, constituye en realidad una de sus actividades para alcanzar el resultado que el anunciante espera obtener.

Pero, sin embargo, la Ley con olvido de esta innegable realidad, que se traduce además en la amplia definición que da en su artículo 2º, dispone en el artículo 33 que "en el contrato de publicidad se hará constar si la agencia contratará con los medios en su nombre y por cuenta del cliente o en nombre y por cuenta de éste.- En este último caso se presumirá conferido a la agencia un poder de carácter típico, que permita otorgar con el medio todos los contratos que resulten necesarios para la realización de la campaña publicitaria convenida."

No parece necesario decir que el precepto recoge las dos formas tradicionales de la actuación en el tráfico por cuenta ajena, O como simple mandatario o como representante de otro (cfr. art. 245 C. de Co.). Pero lo que importa antes que nada es preguntarse por qué la Ley estima que ciertos negocios necesarios para la ejecución del proyecto publicitario se concluyen por las agencias como comisionistas de los anunciantes.

Esos ciertos negocios son los ~~contratos~~ de difusión o tarifa según se regula esta figura en el Estatuto, que son los negocios típicos para la comunicación publicitaria pero que, sin embargo, no son los únicos. La referen-

cia expresa a los "medios" da a éstos el matiz subjetivo, indicativo de que se trata de los titulares de los medios de comunicación social, o de quienes disponen contractualmente de su explotación publicitaria agencias de exclusivas. No es concebible que con aquel matiz pueda referirse la Ley a los titulares de cualquier medio -soporte objetivo de la comunicación publicitaria-.

Además en el tráfico a una empresa de artes gráficas, por ejemplo, no le interesa si la agencia contrata la edición de un folleto como representante o no representante del anunciante. Ella sabe que contrata con la agencia y que con ella establece el vínculo. Lo mismo ocurre con el servicio que la agencia contrate para la efectiva difusión de ese folleto (22).

Luego en realidad la pregunta que cabe formularse es doble. Por qué la norma del artículo 33 solo se prevé para ciertos negocios?. Por qué la norma misma?.

La razón solo puede provenir de que o bien en el conflicto de intereses entre anunciantes, agencias y medios la Ley ha estimado el mejor expediente para protegerlos la actuación de la agencia en interés ajeno, o bien en que intereses de orden superior aconsejan tal actuación.



Desde esta segunda óptica el fundamento podría acaso encontrarse en la decisión legal de mantener diferenciadas las dos actividades típicas de las agencias. Por un lado, la que se actúa a través de los contratos de publicidad -agencias de servicios plenos y de publicidad general. Por otro, la que se ejercita mediante la explotación de los "espacios" de los medios -agencias de exclusivas. El artículo 33 vendría entonces a resaltar que los contratos de difusión o tarifa han de concluirse por las agencias en cumplimiento de un contrato de publicidad, esto es, cuando existe ya un anunciante concreto y determinado en cuyo interés se celebran aquéllos.

Pero si ésto es así, aparte de que resultaba innecesario repetirlo ahora, el expediente no resulta suficiente porque cuando la agencia contrate en nombre propio no tiene necesidad de declarar quien sea el anunciante (cfr. art. 246 C. de Co.) con lo que de hecho la agencia puede llegar por este camino a disponer de una serie de "espacios" que manejará después a su arbitrio. Claro es que pudiera pensarse que la aproximación de la figura a la de la comisión o representación haría aplicables al supuesto las reglas atinentes al "hacer de contraparte" el comisionista o represen-

tante. Y en concreto la prohibición de autoentrada que el artículo 267 del Código de comercio impone al comisionista. Si una agencia hubiera llegado a disponer de espacios por el hecho de haber podido ocultar el nombre del anunciante, sólo su puestamente existente, cuando dispusiera de ellos efectivamente creo que se estaría en un caso de autoentrada.

Que la regla del artículo 267 del Código de comercio se refiera sólo a los supuestos de compraventa y que por su tenor prohibitivo no deba extenderse a otros supuestos, no creo que impida aplicar los criterios generales sobre la materia que desde luego son de regla de admitir sólo excepcionalmente la autocontratación.

Pero por lo demás no es el marco adecuado el régimen jurídico de los contratos para volver a insistir en la necesidad de la pureza de la actuación de las agencias.

La razón ha de encontrarse mucho más sencillamente en la esfera de los intereses de quienes participan en el contrato. Y confieso que no es fácil descubrirla. Porque más bien incluso existen algunas que hubieran aconsejado soluciones muy distintas.

El artículo 33 no consigue sin más que se establezca una cierta comunicación entre anunciante y medio que

podría también venir a justificarlo. Y no es así porque permitiendo que la agencia actúe en nombre propio no desarrolla después unas consecuencias que modifiquen lo que para este supuesto dispone con carácter general el artículo 246 del Código de comercio. Si la agencia contrata en su propio nombre se produce la incomunicación típica entre anunciante y medio.

Esta sólo se destruye en el caso de que la agencia contrate como verdadero representante, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 247 del Código de comercio.

Observamos atentamente qué ocurre por virtud del artículo 33 en cada una de las relaciones que se establecen.

1) En la interna entre anunciante y agencia, el móvil principal de aquél ha sido obtener un resultado publicitario, que la agencia le debe. Se lo presta igualmente ya actúe como comisionista, con o sin representación, ya actúe en interés propio derivado de su obligación con el anunciante. En todo caso el derecho a la contraprestación a la agencia surge cuando se ha producido el resultado. Podría pensarse que el artículo 33 determina la aplicación del 250 del Código de Comercio, con lo que de hecho la situación del anunciante se habría empeorado puesto que debería hacer provisión de fondos a la agencia. Sin embargo, es claro que puede admitirse como uso vigente en el

ámbito publicitario que la agencia anticipa fondos, con lo que en realidad se estaría en el supuesto del artículo 251 del mismo Código citado en el que se sustituiría el pacto por el uso.

Recíprocamente, en nada se modifica tampoco la posición de la agencia frente al anunciante por virtud del artículo 33 del Estatuto, en lo que se refiere a su obligación principal. Tampoco en lo que toca a su derecho a la contraprestación, que deriva del contrato con independencia del modo como actúe en el tráfico. Por la misma razón señalada antes no se altera su obligación, impuesta por el uso, de anticipar fondos. Si acaso se podrá estimar que se beneficia de lo dispuesto en el artículo 251 citado en caso de quiebra o suspensión de pagos del anunciante.

2) En la relación entre anunciante y medio la incidencia del artículo 33 se produce, como ya se ha señalado antes, en cuanto la agencia contrate con éste en nombre del anunciante. A falta de un desarrollo propio se producirían las consecuencias previstas en el artículo 247 del Código de Comercio. De suerte que se abrirá una efectiva comunicación que permitirá al anunciante exigir al medio el cumplimiento del contrato y al medio exigirle a él el pago.

3) En la relación entre agencia y medio, a éste en principio le resulta indiferente que la agencia actúe en interés propio o ajeno. Pero no se lo es que en este caso pueda concluir el contrato en su nombre o en el del anunciante. Porque en este supuesto las consecuencias que previene el mencionado artículo 247 le privan, si es que la agencia prueba la comisión o el anunciante no la niega, de un doble interés de gran consideración. El medio normalmente prefiere tratar antes con las agencias que con los anunciantes por razones de simplificación administrativa y porque su solvencia ofrece una mayor seguridad, que se refuerza además mediante la constitución de garantías personales en forma de afianzamiento bancarios suficientes a cubrir un riesgo estimado en función del tiempo en que se producen los pagos y en función de la cuantía por el volumen usual del importe de la contratación en esos períodos.

Pues bien si el medio se comunica con el anunciante por virtud del artículo 247 del Código de comercio en relación con el 33 del Estatuto, será el anunciante quién haya de pagarle con perjuicio de la simplificación pretendida, con un mayor riesgo para él y sin que para el caso de insolvencia sean efectivas las garantías constituidas por su natural accesoriedad de la obligación de la agencia que en este caso es inexistente.

Y ésto me parece que es así aún considerando que por virtud de un uso pueda existir la obligación de pagar al medio por parte de la agencia. Porque ésta es una cuestión interna entre ella y el anunciante, y por lo tanto aunque la cumpliera lo haría como tercero (cfr. art. 1.158 C.c.) respecto del medio. Y si nó la cumpliera es obvio que ni el medio tiene acción para exigirle el pago ni podrá hacer responsable del mismo al fiador por una obligación que su afianzado no tiene contraído con él, y por la que en definitiva no salió garante.

Me parece que la cuestión es de suficiente entidad como para que se reflexione serenamente sobre la conveniencia de mantener una norma que lleva a unos resultados que parecen no deseables. A no ser que haya motivos suficientes para convencer de que justamente en esta pugna de intereses la ley se ha decidido por tutelar decisivamente el de las agencias.

Pienso que la ley no ha querido llegar a estos resultados pero lo indudable es que llega. Creo más bien que, preocupado el legislador por mantener una actuación de las agencias en interés de un determinado y concreto anunciante, ha considerado imprescindible ordenar aquélla de modo que la ausencia de formalidades, tan poco gratas al tráfico, facilitara una rápida y segura conclusión y liquidación de los negocios.

A mi juicio la razón de ser del artículo 33 reside en su párrafo segundo, una vez, claro está, que el legislador ha partido del erróneo criterio que se expresa en el párrafo primero.

Vale la pena también entrar en el detalle de la cuestión, que se refiere al aspecto representativo. También ahora conviene deslindar dos esferas distintas: la del origen de la representación y la del ámbito de las facultades.

19.- Puesto que la agencia puede actuar en nombre del anunciante, la ley no quiere sin embargo que ello exija una excesiva formalidad que se compadece muy mal con el tráfico en general y con el ámbito comercial publicitario en particular. Desea que el medio que contrata con la agencia se vea aligerado de la exigencia de averiguar si existe el apoderamiento formal que le autoriza a la representación. Por lo mismo recurre al expediente de presumir que el poder existe. Presunción que desde luego se establece con carácter general y por lo tanto a favor y en contra del anunciante, de la agencia y del medio.

Una lectura superficial podría llevar a la inexacta conclusión de que se establece un origen legal a la representación, lo que dentro de un ámbito esencialmente convencional su-

pondría algo realmente de excepción. No hay tal. El origen de la representación se encuentra en el contrato de publicidad. Porque es en éste, según el párrafo primero del art. 33, donde el anunciante y la agencia convienen que ésta actúe en nombre de aquél. Sólo en esta circunstancia, opera la presunción del párrafo segundo, con lo que sólo alcanza a la existencia del poder, pero no al origen mismo de la representación. Es excepción a lo preceptuado con carácter general sobre la forma, solemnidad y efectos de la publicidad del apoderamiento (cfr. arts. 1280 5º Cc; 21, 6º, 23 y 29 C. de Co.). El contrato y la presunción legal suplen la ausencia del poder. Ni sólo el primero si nó existiese la norma del artículo 33, ni sólo la presunción si es que no existe el contrato. Y ésto me parece lo importante. Que en definitiva el precepto no hace más que sustituir la forma en que el apoderamiento se expresa. Eliminada la forma *ad substantiam*, no cabe duda de que inevitablemente se plantea el problema de su ausencia por la eficacia *ad probationem*.

No debe olvidarse que por las mismas razones que han llevado al legislador a sustituir las formalidades, en la práctica la mayoría de los contratos de publicidad son verbales, que es algo perfectamente admisible a tenor del artículo 23 del Estatuto.



Y la cuestión se complica al pensar que no basta con probar la existencia del contrato sino que además el anunciante autorizó a la agencia para actuar en su nombre.

Naturalmente que para el medio la cuestión es irrelevante porque si el anunciante negare el contrato o la autorización, la prueba corresponde a la agencia y mientras no lo pruebe quedará obligada ella misma (cfr. art. 247 C. de co.)

Me parece fuera de lugar cualquier construcción en torno a la naturaleza o el carácter de la presunción legal. Se verá más claro cuando más abajo se trate del ámbito a que alcanza la representación. Pero en todo caso, es necesario dejar ahora constancia de que tratándose de un problema de prueba sobre el antecedente lógico en base al cual la ley establece su presunción, es algo que queda como cuestión de hecho, al arbitrio de los Tribunales de instancia. Pero si éstos, en la valoración de la que se aporte, llegan a concluir que existe el contrato y que en él se autoriza a la agencia para actuar en nombre del anunciante, opera la presunción legal con toda su eficacia. Si el juzgador no llega a esa conclusión, no es que se destruya la presunción, es que no se da el presupuesto para que se aplique el precepto (23).

29.- De gran trascendencia siempre que se habla de representación es el aspecto relativo a las facultades del representante. A él atiende también el segundo párrafo del artículo 33 del Estatuto.

En este orden de cosas, hay que decir que el ámbito de la representación de la agencia mira a una doble vertiente. Por un lado, a la clase o tipo de operaciones o negocios que quedan incluidos en aquel ámbito. De otro, a los límites a que éste se contrae.

Respecto a lo primero, la ley es clara al referirse expresamente a que la agencia está facultada para concluir todos los negocios con los medios. Se trata entonces de los contratos que en la tipología legal se denominan de difusión o tarifa.

Pero no está facultada para concluir cualquier contrato de esa naturaleza sino sólo los que sean "necesarios para la realización de la campaña publicitaria convenida". Se impone así unos límites a las facultades representativas, que hacen coincidir el ámbito de la representación con la ejecución estricta del proyecto publicitario.

No puede negarse que en el ánimo del legislador han pesado los ejemplos que en el Ordenamiento mercantil se refie

ren a los apoderamientos de contenido legal típico. Incluso, y es algo que resulta curioso, emplea la ley este último término para referirse al poder que se presume.

Pero no ha tenido en cuenta que entre estos casos y el que ella regula existe una diferencia sustancial. Cuando las leyes mercantiles otorgan un contenido legal rígido al poder de ciertos representantes, refieren su tipicidad a un contraste objetivo y por lo tanto externo a la misma voluntad de representante y representado. Este contraste objetivo es el que permite a los terceros que contratan con aquél confiar en que contratan bien y que lo convenido obliga al representado.

Nada de esto sucede en el supuesto que se analiza. Está ausente la referencia a algo objetivo que delimite sin dudas el ámbito a que alcanzan las facultades de la agencia. Resulta que el contraste que se establece es algo tan de suyo interno como la "campaña convenida". Con lo que el medio que quiera asegurarse de que el contrato de difusión que concluye con la agencia representante obliga al anunciante no tendrá más remedio que acudir a averiguar si tal contrato era necesario para realizar aquella campaña. En suma tendrá que acudir a esta misma "campaña convenida".

Con ello de hecho la norma no impone ningún contenido típico al poder que presume. Impone sí un contenido en cierto modo rígido. Porque lleva la presunción hasta la determinación de las facultades de la agencia en cuanto que el anunciante no podrá negar que para un contrato necesario a la "campana convenida" aquélla no estaba facultada. Pero nada más. La agencia se presume facultada para hacer todo lo que el anunciante le ha encargado que haga, siempre que se trate de negocios de difusión.

La cuestión entonces es determinar qué debe entenderse por "campana convenida". Inmediatamente hay que decir que no coincide con el contrato de publicidad. Porque, como se ha venido repitiendo, la campana es fruto de su cumplimiento. A pesar del término "convenida", sobre la campana en sí, como sinónimo de proyecto, no ha recaído el consentimiento contractual.

Sólo cabe entender que la ley se refiere a proyecto aprobado por el anunciante.

Con lo que si para asegurarse del carácter de representante de la agencia el medio debe subir al contrato de publicidad y obtener la certeza de que en él se "hizo constar" que la agencia actuaría en tal carácter, para asegurarse de que

para el contrato de difusión en concreto está facultada debe - además subir al proyecto aprobado por el anunciante, en el que no deben ofrecerse dudas además de que en efecto resultó aprobado.

No creo necesario alargar la exposición con los problemas - nada infrecuentes - que se plantearán en los supuestos de alteraciones posteriores del proyecto que es algo que pertenece a la esfera interna entre anunciante y agencia. Y para cuyo conocimiento el medio encontrará dificultades insalvables.

También ahora la cuestión se resolverá en un problema de prueba, que haga evidente al juzgador que en efecto el contrato de difusión era necesario para la realización de la "campaña convenida". Se comprende que se sostuviera antes la inutilidad de plantearse cuestión en torno al carácter destructible o indestructible de la presunción legal. Igualmente aquí si el juzgador de instancia llega a formar convicción de aquella necesidad, opera la presunción de la Ley de que la agencia estaba facultada para concluir el contrato de difusión. Si, por el contrario, la convicción no se logra no es que la presunción se destruya es que no llega a tener viabilidad por faltar el presupuesto que determina su imposición legal.

Al margen de estas cuestiones y avanzando en el análisis, el artículo 33 del Estatuto plantea además toda una serie de interrogantes y problemas.

El primero de ellos es si la constancia del modo como actuará la agencia es requisito esencial del contrato de publicidad. La letra del precepto es aparentemente terminante. Ahora bien, ésto no parece sostenible. Si nó se hiciera constar, la agencia actuará en su propio nombre.

Tema importante sin duda es el relativo a si el artículo 33 marca definitiva, irrevocable y unitariamente la naturaleza jurídica del contrato de publicidad. De ser cierto, lo aproximaría sin género de dudas al contrato de comisión. No es cuestión de reproducir aquí cuanto se señale en el apartado correspondiente más arriba. No creo que el precepto sirva para caracterizar unitariamente el contrato en una u otra forma. Lo que sí parece, sin embargo, indudable es que con referencia al aspecto de la actuación de la agencia frente a los medios en ejecución del contrato, éste se asimila a los de gestión de intereses por cuenta ajena, y en concreto al de comisión. Es inevitable sacar consecuencias de ello. Y especialmente en torno a los tres siguientes temas: 1º Responsabilidad de la agencia frente al anunciante; 2º Deber de fidelidad de la agencia. 3º:

**Sustitución de la agencia.**

ad 1º) Se indicó antes que esta cuestión será objeto de análisis más abajo por lo que me remito a ese lugar.

ad 2º) En realidad el deber de fidelidad es más amplio que el que mira estrictamente a este aspecto de la relación contractual. Se impone incluso por la ley de modo expreso y por lo mismo es objeto de estudio como una obligación más de la agencia, al que me remito también.

ad 3º) Lo relativo a la posibilidad de que se sustituya la agencia en la actuación frente a los medios es cuestión del máximo interés. Si la relación entre anunciante y agencia en este aspecto participa de la naturaleza de la comisión, es consecuencia obligada sostener que se tñe del matiz de confianza que le caracteriza. Y en este sentido le resultarán aplicables los criterios jurídicos que tienden a dar satisfacción al interés de quién confía. Y especialmente por lo que se refiere a la cuestión de la sustitución habrá de estarse a lo que para la comisión dispone el artículo 261 del Código de comercio, ante el silencio que la ley especial guarda en este punto.

En suma, la solución jurídica sería la de afirmar que salvo autorización expresa del anunciante, la agencia ha de contratar por sí misma con los medios.

A tal conclusión inclina también la previsión del artículo 33 que aunque, como se ha indicado, no exige que se exprese en todo caso cómo actuara la agencia, sí en cambio supone que la ley parte de que es la agencia quién debe actuar. Incluso podría llegar a pensarse que tal precepto exige terminantemente que sea ella sola la que de hecho concluya los contratos de difusión, con lo que no cabría ni siquiera el pacto permisivo en contrario previsto en el artículo 261 citado. Sin embargo esta conclusión me parece exagerada. No se deduce del artículo 33 más que el propósito de señalar los dos modos de actuación de la agencia y el de resolver lo relativo a la representación cuando actúe en nombre del anunciante. Pero no hay motivo para deducir que no sea un precepto dispositivo que por lo tanto admita una derogación convencional, en el punto tocante a la actuación de la agencia.

Pero en todo caso no cabe duda de que el artículo 33 en su dicción literal y por la óptica que adopta refuerza el sistema previsto en el Ordenamiento mercantil para el supuesto de la sustitución del comisionista. Se prohíbe si nó se ha autorizado expresamente. Pues bien ocurre sin embargo que el Reglamento del Registro General ha configurado las llamadas agencias de distribución a medios cuya función consiste, como



es sabido, en concluir los contratos de difusión o tarifa por cuenta de otras agencias de publicidad pero en su propio nombre. Esto es, actuando como verdaderos comisionistas de estas agencias.

La razón del recurso a esta anómala figura de la agencia de distribución reside en el intento de las agencias de obtener de los medios las más elevadas ventajas económicas que éstos conceden en atención al volumen de la cifra que supone en un período de tiempo la contratación de cada agencia. A la vez les evita tener que soportar los gastos inherentes a la constitución de las garantías bancarias que los medios exigen y facilita el desenvolvimiento de las agencias modestas que acaso no pudieran encontrar la institución de crédito que estuviera dispuesta a salirfiadora por ellas. Obvia - mente las finalidades se cumplen sólo si la agencia de distribución contrata con el medio en su propio nombre. Reunirá las cifras de facturación de sus agencias comitentes y obtendrá las mayores ventajas económicas. Será ella quién corra con el deber de constituir las garantías para los medios.

Es evidente que el recurso a la agencia de distribución supone una sustitución de la agencia en la contratación con los medios.

La configuración de aquellas agencias en el Reglamento citado no puede implicar sin más que se altere el régimen de la sustitución del comisionista. Para ello sería necesario que así se expresare terminantemente en la ley y ni siquiera en el texto reglamentario que, por lo demás, tampoco contiene norma alguna sobre el particular. Es sabido que en el Estatuto no se dispone nada sobre las agencias de distribución.

Puede hacerse cuestión, sin embargo, de si la derogación o alteración del régimen jurídico positivo referente a la sustitución puede encontrarse en un uso que la práctica comercial hubiera hecho surgir por virtud de la utilización de los servicios de las agencias de distribución. La respuesta, a mi juicio, ha de ser negativa. En este punto la norma de derecho de que se prohíbe la sustitución si no se ha autorizado expresamente es de carácter necesario por su propia naturaleza. No se dice que lo sea la prohibición, puesto que cabe pacto en contra, sino que es imperativa la regla entera de que se prohíbe lo que no se autoriza. El carácter se pone de manifiesto con sólo pensar en la inversión que representa respecto de la norma civil contenida en el artículo 1.721 del Código.

Un uso en otro sentido al de la regla sería un uso contra legem que por consiguiente carecería de valor jurídico alguno.

Por lo demás, existen buenas razones para sostener que es la norma positiva la que debe prevalecer. En efecto, la actuación a través de una agencia de distribución mantiene incomunicados a la agencia y al medio (cfr. art. 246 C. de Co.). La directa comunicación entre ellos es sin embargo muy importante por la propia naturaleza de la publicidad. No serán raros los casos en que sea menester introducir modificaciones en los mensajes, y siempre con la premura de tiempo que una actividad tan dinámica impone, o cualquier otra circunstancia semejante. También suele ocurrir que la agencia haya de solicitar a los medios servicios complementarios para su cliente (inserción de gacetillas, envíos de ejemplares que justifiquen la inserción, etc.) que seguramente no podrá obtener si es que no mantiene unas directas relaciones.

Si a ello unimos que el interés que mueve a las agencias a recurrir a las de distribución es de muy dudosa justificación, habrá de concluirse que entre ese interés y el del anunciante al derecho debe reputar a éste como más

digno de protección. Cosa que coincide además plenamente con la interpretación natural y lógica del régimen positivo , como se ha visto.

No se trata de hacer inoperantes a las agencias de distribución. Al menos no se trata de eso ahora, si no de que sólo podrá recurrir a ellas la agencia cuando el anunciante expresamente lo haya autorizado.

Las consecuencias de la sustitución autorizada o consentida serán las generales previstas en el artículo 262 del Código de Comercio.

Cuando la sustitución se haya producido sin autorización del anunciante, se estará en un supuesto de violación del contrato que desencadenará la responsabilidad de la agencia (24).

b') De las dos cuestiones que se dijo importaban en torno a la obligación de la agencia de ejecutar el proyecto publicitario, resta por examinar la relativa a la responsabilidad de aquélla frente al anunciante.

Es claro que sólo con el planteamiento del tema se pone de manifiesto que se tratará del supuesto de que el acto de publicidad, la comunicación al público no llegue a pro

ducirse, o se produzca en sentido distinto al pretendido por el anunciante. En suma, se trata del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación de ejecutar el proyecto. Dejando al margen el supuesto contemplado antes de que la responsabilidad derive del cumplimiento defectuoso que supone la sustitución de la agencia cuando no estaba autorizada. Se señaló en su momento que, siguiendo la doctrina más autorizada, no hay inconveniente en admitir que aún actuando la agencia como comisionista prometa al anunciante el resultado que se obtiene por la consumación del negocio de realización, en nuestro caso, el contrato de difusión.

El problema, como es obvio, no se plantea siquiera respecto de aquellos actos de publicidad previstos en el proyecto que se ejecuten por cualquier otro procedimiento que no sea la inserción del mensaje en medios institucionales.

En todo caso, la agencia promete al anunciante el resultado publicitario. Aunque sólo éste, si en cualquier contrato de resultado se plantea la necesidad de distinguir entre el próximo y remoto, más todavía en el caso de la publicidad que por su instrumentalidad hace referencia a otra actividad. Pero en este punto el artículo 37 del Estatuto es terminante al

disponer que la agencia no puede comprometer "los resultados comerciales" de las campañas.

Ahora bien, cuando se trata de actos de publicidad que se ejecutan a través de medios institucionales, en atención a que la agencia actúa como comisionista, se plantea la exigencia de distinguir entre lo que es la promesa del resultado como cumplimiento de la comisión y lo que es responder del mismo.

Naturalmente que no cabe la distinción en los actos que se realicen a través de soportes publicitarios que no se exploten por medios institucionales. La agencia responde de su ejecución, pero no como del hecho de un tercero sino como del hecho propio en que consistía su obligación.

Pero aunque el comisionista prometa la consumación del negocio de realización, no queda responsable de la misma. Justamente para traspasar el riesgo del comitente al comisionista surge la figura de la comisión de garantía (cfr. art. 272 C. de Co.).

Siguiendo al Profesor GARRIGUES, la Comisión de garantía puede tener un origen legal o incluso derivarse de un uso. Cabe también que no se establezca siquiera una sobreprima, y puede extenderse a supuestos de comisión distintos de los de venta (25).

Parece que el comisionista del credere es figura a la que se asimila la agencia de publicidad (26).

Pero de todas formas no parecen necesarios excesivos esfuerzos constructivos en la materia porque el Estatuto contiene un precepto que contempla precisamente la responsabilidad de la agencia. Se trata del artículo 27 que se encuentra situado en el capítulo destinado a las Disposiciones comunes a los contratos publicitarios. Ello justifica los términos de generalidad en que está redactado pero a la vez exige que se interprete como aplicable a los tipos contractuales que se refieren a la ejecución de la publicidad. De su propio contexto se deduce que no es de aplicación ni al contrato de obra o creación ni al de mediación o comisión publicitaria.

Consagra el artículo 27 el derecho del "cliente" a controlar y verificar el desarrollo de la campaña "durante su ejecución", y continúa diciendo en su primer párrafo que "cuando un anuncio no sea conforme a los términos del contrato, podrá optar entre pedir la resolución del mismo, exigiendo la devolución de lo pagado por dicho anuncio, o aceptar su repetición, conforme a lo convenido y de modo gratuito. En todo caso podrá, además, exigir la indemnización de daños y perjuicios de la persona responsable".

Conviene precisar ante todo que al referirse el precepto al "cliente" ha de entenderse que significa el anunciante. Es a éste al que se reconoce el derecho a vigilar el desarrollo de la ejecución de la campaña, lo que evidencia una vez más cómo la ley recoge el aspecto que ofrece la publicidad de subordinación a la actividad principal del anunciante que es el "dominus" en todo momento. Supuesto que lo más frecuente es que se trate de un conjunto de actos, que desarrollan el proyecto, el interés de aquél se mantiene para cada uno de ellos.

El derecho de controlar y vigilar no se reduce sólo a lo que se refiera a la expresión formal del anuncio, a su emplazamiento, a la utilización del "espacio" previsto ó a la fecha de la inserción sino que abarca también a lo relativo a la efectiva difusión que alcanzará previsiblemente en virtud de la audiencia del medio. Es to es, el derecho de control se extiende de manera efectiva a todos los aspectos del proyecto publicitario.

Por lo que respecta al último citado, el artículo 28 prevé el establecimiento de un Organismo de carácter técnico destinado a comprobar "la difusión de los medios publicitarios



y, en especial, las cifras de tirada y venta de las publicaciones periódicas". Organismo que ya viene funcionando bajo las siglas C. J. D. (Oficina de Justificación de la Difusión), al ejemplo fundamentalmente francés.

Los puntos esenciales que plantea la interpretación del artículo 27 son, en mi opinión, los que se estudian a continuación:

1)Cuál sea la relación contractual en que se reflejan los efectos del precepto, me parece que es la primera incógnita que debe despejarse.

La Ley se refiere genéricamente al "contrato" por que puede tratarse del de publicidad o del de difusión, según que el anunciante haya utilizado los servicios de una agencia o haya contratado directamente con el medio que es algo perfectamente factible (cfr. art. 43 E.P.).

Si existe un contrato de publicidad es a él al que debe entenderse que se refiere el artículo 27. Si no existe y el cliente contrató con el medio, es a éste al que se aplica.

No puede entenderse que en todo caso se trate del contrato de difusión, aunque sea siempre el cauce para que lleve a ejecutarse el acto o insertarse el anuncio.

Si la agencia contrató con el medio en nombre propio no hay en la ley la menor base para sostener que que de alterado el sistema general de la representación indirecta. Entre anunciante y medio no existe comunicación alguna, y por lo tanto mal puede aquél ejercitar la facultad que le confiere el artículo 27 frente a quién ni ha estado ni está en directa relación. El único contrato que puede resolverse es el de publicidad y es la agencia a quién únicamente puede exigir el anunciante la repetición gratuita.

Acaso pudiera argüirse que otra es la conclusión en el caso que la agencia hubiera actuado como representante. Y que entonces el contrato a que se refiere el artículo 27 es el de difusión. Ciertamente que ya existe la vinculación entre anunciante y medio que es la típica eficacia de la representación directa. Pero no puede olvidarse que en el ámbito interno de las relaciones entre anunciante y agencia, la posición de ésta frente a aquél no se altera por el dato de cómo sea su actuación en el ámbito externo o representativo. En último término, la decisión del anunciante surte sus efectos en la relación interna con la agencia, cuyos derechos contractuales surgen sólo en el caso de cumplimiento de la difusión, de la que es responsable.

Me parece que en el artículo 27 hay un nuevo ar

gumento para sostener que la agencia promete al anunciante el resultado publicitario, puesto que éste puede exigirle que se repita la inserción sin cargo alguno para él, por el mero hecho de que se produzca el supuesto del artículo 27 y sin tener por lo tanto en cuenta ninguna circunstancia subjetiva, que jugará sin duda su papel en la relación de la agencia con el medio pero a la que es ajeno el anunciante.

2) Otro aspecto que merece análisis es que en el artículo 27 se anudan las consecuencias a que "un anuncio no sea conforme a los términos del contrato".

Y tales consecuencias se traducen en la facultad de resolverlo u optar porque se "repita" el anuncio de modo gratuito. Y en los dos casos con indemnización de daños y perjuicios.

Aparentemente la norma es muy clara y muy lógica porque en definitiva no hace sino reproducir lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código civil.

Pero, por desgracia, es sólo una apariencia. En primer lugar el supuesto de hecho no resulta excesivamente bien formulado. En segundo, las consecuencias parecen exageradas e inoportunas.

Qué quiere decir que un anuncio no se ajuste a los términos del contrato?. Porque una interpretación literal llevaría a conclusiones absurdas.

Intuitivamente todo el mundo cree estar en condiciones de saber responder a la pregunta formulada. En definitiva todas las respuestas creo que se podrían reconducir a que se trataría de los siguientes casos de disconformidad: por razón de la expresión formal del mensaje; por razón del "espacio" utilizado si es que no se considera incluido éste ya en lo anterior; lo mismo en cuanto al emplazamiento. En definitiva , como concepto amplio, por razón de la expresión formal del acto.

Se ha de considerar incluido en el supuesto del artículo 27 el retraso en la inserción del anuncio?. En mi criterio, si efectivamente se previó un término en el contrato, que no sea respetado supone un incumplimiento que en cuanto tal desencadena los efectos resolutorios conocidos.

No se refiere la ley ahora, como en otras ocasiones, a la campaña sino que alude directamente al contrato como significativo del alcance de las obligaciones de la agencia o del medio respecto del cumplimiento de los actos que constituyen la campaña. La elusión es correcta con tal de que se admita que

el contrato es el marco en el que se especifican esos actos o las piezas que van a comunicarse. Porque ni en el contrato de publicidad ni en el de inserción recae el consentimiento en cuanto génesis del contrato ni sobre el número de actos ni sobre las piezas o elementos que harán reproducible el mensaje.

Pero la referencia al contrato tiene una dimensión mucho menos justificable. Así, de la letra del precepto pueden deducirse dos cosas. La primera que cualquier supuesto de cumplimiento defectuoso se asimila al incumplimiento. Sin valorar cuál sea la verdadera trascendencia de aquél defecto en relativa ponderación con el conjunto de actos publicitarios en que se traduce el cumplimiento del contrato. Paradójicamente la idea que preside todo el régimen legal de la contratación es la de que se realizarán varios actos de publicidad.

Entendido así, no cabe duda que el artículo 27 viene a significar una profunda revisión de la doctrina sentada por nuestro Tribunal Supremo en aplicación del artículo 1.124 del Código civil, que se resume en la exigencia de que se trate de verdadero y propio incumplimiento o que se manifieste "una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento" (27).

Pero es que, tras de ese extremado rigor, el artículo 27 resulta además incongruente, en sus propios términos, con la relación jurídica creada a virtud del contrato de publicidad y del de difusión, y con la finalidad que cumplen.

Porque recurrir al mecanismo de las obligaciones bilaterales para aplicarlo al "contrato" de publicidad o de difusión podría inducir a considerar que la ley no los considera revocable o susceptible de un desistimiento unilateral.

Ambos órdenes de razones me fuerzan a intentar una interpretación del artículo 27 por caminos distintos.

A mi juicio, el precepto no pretende resolver la última cuestión planteada, y por lo tanto nada prejuzga respecto de la resolución del contrato. Justamente lo que ha querido dejar establecida es una regla sobre que la contraprestación a que la agencia o el medio tienen derecho sólo se acredita cuando se ha producido el resultado publicitario. Y es claro que no cualquier resultado sino el que se había previsto en el marco contractual con la agencia y el medio. Sólo así se explica además que el artículo 27 no se refiera precisamente al supuesto de incumplimiento.

Dentro de estas coordenadas es cierto que las obligaciones de las partes son recíprocas. Y consiguientemente no

es de extrañar que ~~los~~ resulte aplicable el mecanismo que con carácter general existe en el ordenamiento. La consecuencia lógica es entonces que el expediente técnico sólo puede aplicarse respecto de las obligaciones que ciertamente són recíprocas. Y puesto que las prestaciones son divisibles es en cada una de las partidas de la división donde se aprecia la reciprocidad.

Por lo mismo el artículo 27 no autoriza más que a admitir que por cada acto de publicidad, su ejecución defectuo sa enerva la obligación de pagarlo y que incluso el anunciante puede optar por exigir que se cumpla sin defecto o por desistir de que se ejecute. Contando con la indemnización en su caso. Pero, en cambio, dentro de estos límites, es suficiente que la ejecución haya sido defectuosa. Regla que parece coherente con lo que la publicidad significa sociológicamente y con los fines que es tá llamada a cumplir.

Cuando el contrato de publicidad o de difusión sólo se refieran a un solo acto, evidentemente el desistir de que se ejecute equivale en sus efectos a la resolución de aquél. Pero esta proximidad de la eficacia última de la decisión del anunciante no significa que solo se prevea la resolución del contrato a través del expediente técnico de la que es propia de las obligaciones sinalagmáticas.

No creo necesario decir que la interpretación que se propone es la que responde a lo que tradicionalmente se viene entendiendo en el negocio publicitario.

3) El artículo 27 declara que además de las consecuencias que acaban de analizarse procederá "exigir la indemnización de daños y perjuicios de la persona responsable".

En principio, es algo perfectamente congruente con lo que ha previsto antes el precepto. Se trata de la aplicación al supuesto de la doctrina general de la responsabilidad contractual sin que resulte modificada en lo más mínimo porque la ley nada dispone en concreto.

Sin embargo sí merece la pena detenerse en la genérica referencia que hace a la "persona responsable".

Parece que sólo procederá exigir indemnización por los daños y perjuicios cuando se dé el supuesto de la responsabilidad. Con lo que se concluye lo que acaba de señalarse respecto del régimen general, que exige la culpa, criterio que se ha extendido por la doctrina jurisprudencial al supuesto del deber de indemnizar por virtud del artículo 1.124 del Código civil. (28).

Desde este planteamiento, la norma puede interpretarse todavía en dos sentidos. De un lado, estimando que sólo pro



cede la reclamación cuando la contraparte resultase culpable. Por otro, significando que en cualquier caso el anunciante puede dirigir su acción contra la agencia o contra el medio.

Se advierte que el problema se plantea en razón de la actuación de la agencia frente al medio. Porque si contrató en su propio nombre, no creo que exista base en la ley para suponer alterada la regla general de la representación indirecta. Pero con ello puede no quedar suficientemente protegido el interés del anunciante, que no debe olvidarse que es el que la ley prefiere en la pugna planteada.

Por lo tanto, una interpretación coherente con esta ratio exige indiscutiblemente partir de que la agencia actúa como verdadero comisionista del credere. No sólo promete el resultado al anunciante del que surge su derecho a la contraprestación sino que responde de la ejecución del contrato de difusión. Y es claro que, en los mismos casos y con el mismo alcance que respondería el medio (29). Pero, sin embargo, entiendo que en este punto se agrava la responsabilidad de la agencia respecto de la que corresponde al medio. Porque así como éste se libera de responsabilidad incluso por el incumplimiento total cuando concurra la causa prevista en el segundo párrafo del artículo 26, no puede

beneficiar tal cosa a la agencia porque en su riesgo profesional reside justamente la obligación de haber evitado que el medio pudiera ampararse en la facultad que se le reconoce. A las mismas razones obedece entender que también la responsabilidad de la agencia se agrava porque es ella quién con su comportamiento ha podido determinar una prestación defectuosa por parte del medio (cfr. art. 50 E.P.).

Luego creo que puede concluirse que la agencia responde frente al anunciante de su hecho personal dentro de su condición profesional de instrumentadora de la publicidad y del hecho del tercero que el medio es. Si bien respecto de aquel supuesto me parece imprescindibles ciertas consideraciones que se hacen más abajo, en epígrafe sub. 4).

A esta construcción no se opone la expresión "persona responsable". Porque es obvio que se concibe en términos generales por la razón de que el artículo 27 contempla los dos contratos. La ambigüedad resulta inevitable. Responsable lo es siempre la agencia. El medio lo será en el supuesto de que se den los requisitos de la responsabilidad. Que la ley se refiera a la "persona responsable" no prejuzga en principio nada sobre el distinto origen y alcance de la responsabilidad que a cada uno de ellos corresponda. No cabe duda que la agencia se aproxima

al comisionista del credere.

4) Por último, el párrafo segundo del artículo 27 dispone la nulidad de las cláusulas que impliquen renuncia de los derechos que él reconoce al anunciante así como la de las que exoneren o limiten "las responsabilidades contenidas en este artículo".

En ningún otro precepto de la ley vuelve a hablarse de la responsabilidad de la agencia. Sin embargo existen dos artículos de los que se deducen supuestos en que incurre en responsabilidad.

Así cuando, "sin expreso consentimiento de los interesados" concluya contratos de publicidad en favor de productos en competencia, si respecto de uno de ellos la dirige en exclusiva (cfr. art. 36 E.P.).

Una cláusula general de responsabilidad se contiene en el artículo 35 por faltar al cumplimiento de la obligación de fidelidad que impone.

Finalmente conviene referirse ahora a ciertos supuestos que en realidad se encuentran a caballo entre la responsabilidad de la agencia frente al anunciante y la responsabilidad de los sujetos de la publicidad frente a terceros. Por esta razón se ha preferido destacarlos trayéndolos aquí para proceder a su análisis desde la perspectiva que se ha ga

nado con todo lo expuesto anteriormente. Porque en esta materia entiendo que se debe ser en extremo cuidadoso,

Se trata de aquellos casos en que, aun existiendo un proyecto aprobado por parte del anunciante, sin embargo, por encontrarse la divulgación comprendida en los supuestos del artículo 26 del Estatuto, a juicio del medio, éste rehusa llevarlas a efecto.

El medio tiene el deber de rechazar toda publicidad que esté en contradicción con el Estatuto, con las leyes o de la que pueda resultar daño o perjuicio para tercero. Además está facultado para rechazar la que considere que puede motivar una reacción desfavorable de su audiencia (cfr. art. 26 E.P.).

En principio hay que distinguir aquellos supuestos en que el medio debe rechazar la publicidad de aquel otro en que puede rechazarla.

Respecto al primer aspecto se advierte que se engloban supuestos de muy diferente significación.

No es lo mismo en efecto una violación de una ley formal de carácter general que una ley formal sobre materia publicitaria, y ambas son distintas de la violación de una disposición de rango inferior, en la que cabe igual diferencia-

ción por la materia. Por último, todas estas violaciones son algo muy diverso del supuesto de que se prevea un daño o perjuicio para tercero.

Ante una "pieza" publicitaria elaborada por la agencia y aprobada por el anunciante el medio debe ponderar si es susceptible o no de divulgación a la luz del artículo 26 primer párrafo. Pero para lo que ahora nos interesa, el problema se plantea cuando el medio rehusa la pieza. No cabe duda que el acto publicitario no se lleva a efecto y que por lo tanto se está en un caso de inejecución. Debe quedar responsable en todo caso la agencia?. La respuesta en mi opinión tiene que ser negativa, pero no por creer que en ningún caso debe quedar responsable sino por estimar que tal como se ha formulado no cabe una respuesta afirmativa. Son precisas unas matizaciones. Y si se reflexiona sobre el distinto alcance que se ha señalado tienen los supuestos, pienso que es necesario distinguir, si quiere resolverse con éxito, entre lo que es violación a las leyes y los supuestos en que se puede esperar un perjuicio para tercero. Y concretamente excluyo de aquella violación, para reconducirla al segundo grupo, la de las normas sobre competencia desleal.

Dentro de lo que es violación de ley, es decir dentro del primer grupo, es preciso distinguir todavía entre leyes relativas a materia publicitaria y las que tengan otra materia por objeto. Pues bien, ya estamos en condiciones, me parece, de establecer un primer criterio. Será responsable la agencia frente al anunciante por la inejecución del acto que provenga del rehusé del medio en atención a la violación de ley de materia publicitaria - se entiende en sentido amplio -. No lo será si el rehusé es debido a la violación de una ley de carácter general. La razón me parece obvia. En aquellos casos, la responsabilidad de la agencia es mayor aún si cabe que en cualquier otro de inejecución. El interés del anunciante que acudió a la agencia fiado en su capacidad técnica y profesional merece una especial protección. No veo sin embargo que la merezca cuando ha aprobado una pieza cuya divulgación supondría violación de una ley que debe conocer y respetar en igual grado que la agencia a la que no tiene por qué reconocérsele una mayor capacitación en este punto. Creo que por el principio de compensación de culpas la agencia no debe responder.

Respecto del segundo grupo, la cuestión es ardua. No creo que todas las violaciones a las normas de la

leal competencia o que todos los supuestos de los que pueda esperarse daño o perjuicio para tercero tengan tampoco el mismo significado. Por lo mismo no creo que en todos los casos de inejecución por estas causas supongan la responsabilidad de la agencia. Como tampoco puedo creer lo contrario. Las normas generales sobre competencia desleal en materia publicitaria sí deben ser de riguroso conocimiento para la agencia e incluso en general las que versan sobre la licitud y lealtad en la competencia. Pero no se olvide que el acto puede ser desleal con perfecto desconocimiento de la agencia que en realidad habrá operado sobre datos suministrados por el anunciante.

En definitiva pienso que es el arbitrio judicial quién en cada caso debe resolver en atención a las circunstancias y a la ponderación de intereses.

Sin embargo, la agencia responderá al anunciante por la inejecución del acto cuando el medio rehuse llevarlo a efecto en virtud de la facultad que le reconoce el párrafo segundo del artículo 26. Porque los standards que el medio tenga establecidos y las circunstancias en general de su audiencia deben incluirse en los conocimientos profesionales que a la agencia le son exigibles y no al anunciante.

c) Obligación de fidelidad. - Ya se ha dicho que la relación que se crea entre anunciante y agencia, además de normalmente duradera, se basa en la confianza, con el matiz que tiene el término cuando se aplica a las relaciones de cooperación o colaboración.

Esta circunstancia queda de manifiesto en la propia dicción literal del artículo 35 del Estatuto, que impone a la agencia la obligación de "prestar un servicio fiel al cliente, velando por los intereses de éste como si fueran propios".

No puede desconocerse la conexión que en este punto guarda la ley con lo dispuesto en el artículo 255 del Código de comercio. Es característico, en efecto, del contrato de comisión anteponer los intereses del comitente a los propios del comisionista.

En la práctica, esta vigilancia que impone la ley exige la más absoluta diligencia por parte de la agencia en el desempeño de su actividad propia de instrumentar el mensaje y difundirlo. La diligencia está tanto del lado de la aplicación de su capacidad técnica como del mantenimiento de la organización adecuada para ejecutar eficazmente el proyecto y controlar su desarrollo.



No sería posible formular un catálogo de las transacciones que en la vida real encuentra esta obligación de fidelidad. Destacan como más importantes lo relativo a la obtención de unas ventajosas condiciones económicas cuando se trata de actos que no se realicen a través de medios institucionales que tienen sus tarifas (cfr. arts. 258 C. de Co. y 44 E.P.). También el atender a los posibles cambios de éstas para cursar las órdenes a los medios y así obtener las más bajas anteriores, etc.

En relación con esta obligación hay que referirse a la viciosa práctica de los medios de conceder a las agencias no ya sólo unos descuentos fijos en factura sino lo que es más grave unas primas que por calcularse según una escala gradual imponen un poderoso incentivo desde luego incompatible con el deber de velar por los intereses del cliente como propios. Puesto que pueden pesar en el ánimo a la hora de seleccionar unos u otros medios. No acierto a explicarme cómo después de la terminante formulación del artículo 35, sin embargo el artículo 51 consagra indirectamente la viciosa práctica, que no puede encontrar justificación, y que es una reminiscencia de la antigua función que realizaba la agencia pero que resulta inconciliable con la agencia moderna. Ciertamente que muchas de ellas trasladan habitualmente las bonificaciones de los me-

dios a los propios anunciantes. Pero en general se trata de los descuentos fijos llamados "de agencia" pero no de los rapeles que son sin embargo mucho más peligrosos. Considere - ro que es una práctica que debe ser desterrada cuanto antes. Sin embargo no sólo no parece que las cosas vayan en esa dirección sino que incluso el ya citado Anteproyecto de Código de Prácticas leales expresaba en su artículo 45 que las tarifas de los medios que entrañan los descuentos de agencia sólo deben ser aplicadas a las agencias reconocidas.

Y sin más valor que el meramente ilustrativo no parece inútil señalar que el mismo Anteproyecto en su artículo 31 se refería a unas posibles actitudes "equívocas o irregulares" en relación con la selección de medios. Estas actitudes no pueden venir sino de la práctica que se denun - cia. Pero lo curioso es el tratamiento que les dá aquel texto, que en vez de afrontar el problema en su raíz las considera "constitutivas de deslealtad" "siempre que se prueben suficien - temente por la parte que se considere perjudicada". Ciertamente que es una deslealtad pero no en ese sentido. Es una deslealtad hacia el anunciante y por consiguiente una conculca - ción del artículo 35 del Estatuto.

El incumplimiento de esta obligación será, como se dijo, un supuesto de responsabilidad.

d) Obligación de secreto. - El mismo artículo 35 impone a la agencia la obligación de mantener "secretos los datos" que obtenga del anunciante "así como la publicidad para él programada".

Esta obligación, como la que veremos después, es en realidad una consecuencia del deber de fidelidad que a la agencia incumbe. Como una muestra más de tratarse de una relación de confianza.

El deber de secreto se extiende objetivamente a los datos sobre la actividad del anunciante que éste, en cumplimiento de su "deber de acreedor" que le impone el artículo 34, le habrá suministrado. No creo que necesite ilustrarse ni fundamentarse mediante ningún tipo de consideraciones. La relación de confianza y colaboración, la integración de la publicidad en el ámbito comercial del anunciante, y su normal condición de comerciante o empresario es algo que explica por sí mismo la razón que existe para imponer el secreto.

Pero también se extiende éste a la actividad publicitaria misma. Lo cual es igualmente lógico ya que ella su

pone una de las armas que el anunciante utilizará en su estrategia del mercado.

No hay duda de que el quebrantamiento del secreto constituye un supuesto de responsabilidad de la agencia.

Claro es que en estas cuestiones siempre se plantea el problema de los límites de tiempo. En realidad no existen tales límites pero es claro que prolongar la obligación más allá de la vigencia del contrato es algo que debe fiarse a una conducta ética antes que jurídica.

En relación con esta obligación existe un aspecto del mayor interés. A virtud de lo establecido en el artículo 5º en relación con el 4º del Reglamento del Registro, las agencias de publicidad general pueden desempeñar las funciones de las de distribución a medios. Se da entonces la posibilidad de que una agencia tenga conocimiento directo de los programas publicitarios que otra ha preparado para un anunciante. El tema realmente es importante. Tampoco ahora es fácil explicarse cómo esta obligación de secreto puede ser desconocida en el texto reglamentario. A mi juicio se produce una clara violación de aquel deber, y desde luego el anunciante tiene acción para exigir la responsabilidad que proceda. Pero en todo caso parece muy poco coherente que la ley sea desconocida tan abiertamente por una simple Orden ministerial.

e) Obligación de no dirigir campañas en concurrencia..- Yá se ha indicado que también esta obligación es una consecuencia más del general deber de fidelidad. Pero por su trascendencia parece preferible separar su análisis.

Se impone en el artículo 36 del Estatuto y la razón también es en definitiva la misma que fundamenta aquel deber. Se trata de que una agencia no puede llevar simultáneamente la publicidad en favor de productos o servicios en competencia directa pero siempre que sea ella la única agencia que se ocupa de la publicidad de, al menos, uno de ellos. Es obligación que puede ser dispensada por "expreso consentimiento" de los anunciantes interesados.

En torno al artículo 36 me parece que las cuestiones fundamentales son las siguientes:

1) A pesar de la redacción del precepto, la obligación no se impone sólo a partir de que se acepte "dirigir en exclusiva la publicidad total de un producto o servicio" y como abstención de concluir posteriormente otros contratos de publicidad relativos a productos o servicios en competencia. No, la agencia está obligada a no ejecutar simultáneamente dos contratos de publicidad respecto a esos productos cuando uno de ellos suponga realizar la total actividad que para ese produc

to se propone llevar a cabo el anunciante. Por lo tanto, una agencia que tenga concluído un contrato con un anunciante y que no agote toda la actividad publicitaria de éste para ese producto no podrá tampoco concluir después el contrato de publicidad "en exclusiva" sobre un producto en competencia.

2) Otra cuestión es la relativa a si lo que se prohíbe es concluir dos contratos con competidores directos o si la competencia se refiere a los productos o servicios para los que ha de instrumentarse la publicidad.

La respuesta ha de ser esta última. Cabe perfectamente que una agencia tenga concluídos dos contratos con dos competidores pero sobre productos o servicios que no estén en competencia directa aunque uno de aquéllos suponga que la agencia maneja la publicidad total.

3) Me parece por último que es menester de -terminar si cuando la ley se refiere a "dirigir en exclusiva", este término se toma en sentido riguroso. Lo que equivaldrá a la existencia de un contrato de publicidad con cláusula de exclusiva a favor de la agencia y a cargo del anunciante.

Desde luego no cabe duda de que ese caso cae de lleno en el supuesto previsto en el artículo 36. Y parece además que a él se refiere únicamente. Puesto que habla la

ley de que la agencia "accepte dirigir en exclusiva". Esa idea de aceptación implica que se ha previsto y consentido expresamente, lo que significa en suma un pacto contractual.

No basta entonces con que de hecho se trate de dirigir la publicidad total de un producto o un servicio sino que es preciso un contrato con cláusula de exclusiva.

La ley no ha considerado más digno de protección el interés del anunciante que el de la agencia fuera del caso de que tal supuesto se produzca. Lo que tendrá fundamento si el contrato con exclusiva tuviera alguna especialidad en su régimen jurídico. Sobre todo con relación a su duración o irrevocabilidad. Pero puesto que no es así, parece que debería haberse resuelto por encontrar el fundamento en el deber general de fidelidad que a la agencia se impone y éste juega tanto en el supuesto del pacto de exclusiva como en el que sin existir como tal, de hecho funcione la relación como si existiera.

f) Obligaciones complementarias. Se ha repetido insistentemente que la relación entre anunciante y agencia es una relación de confianza. Una relación, normalmente duradera, y de colaboración.

La agencia será llamada por el anunciante para que le preste una serie de pequeños o grandes servicios al margen y con independencia de los proyectos publicitarios que se estén desarrollando. Pero sin duda con el mismo fundamento: el contrato.

Los supuestos son variadísimos. Acudir a un aeropuerto para realizar el reportaje fotográfico de una llegada o una despedida. Realizar una pieza publicitaria aislada para cubrir un compromiso con una publicación con la que se tratará directamente, etc. etc..

El anunciante se vería defraudado si "su" agencia de publicidad no le prestase esos mil servicios.

Se trata de obligaciones que estén en el contenido del contrato aunque no se encuentren en el proyecto. En esta materia el contrato se aproxima al género del de servicio.

#### B) Obligaciones del anunciante.

El contenido del contrato desde el anunciante se resume en las tres siguientes obligaciones:

##### a) Obligación de pagar.- Es la fundamental.

La contraprestación a la agencia ha de pagarse en dinero, a



tenor de lo que dispone el artículo 31.

Con esta disposición, que convierte la obligación en dineraria, se sale al paso de la viciosa práctica consistente en el trueque de los servicios de la agencia por productos o servicios del propio anunciante, impidiéndose o dificultándose la transparencia y claridad del mercado publicitario.

Otra práctica no menos viciosa, que viene a enturbiar también el mercado, es la que consiste en fijar la contraprestación en una cuota proporcional al rendimiento comercial de la publicidad. Esta posibilidad está descartada desde el momento en que la agencia acredita su derecho en cuanto al acto publicitario se ha producido, con absoluta independencia de su resultado último o efectividad comercial.

Según el artículo 31, "normalmente la retribución de la agencia "consiste en una comisión fija calculada sobre el valor total" de la campaña.

Nada, como se ve, impone la ley. No hace sino reflejar lo que es acostumbrado.

Como se ha dicho ya guarda silencio el Estatuto sobre el importante tema de las ventajas económicas que las agencias perciben de los medios.

Se ha señalado que el momento del pago es aquél en que la comunicación se produce. En los contratos de duración continuada, que serán los más frecuentes, la obligación de la agencia es divisible por lo que igualmente lo será la del anunciante de pagar la contraprestación.

b) Obligación de que la agencia quede indemne.-

En este punto la norma aplicable es la contenida en el artículo 32 del Estatuto que dispone: "La contraprestación a que tienen derecho las agencias remunera la preparación, creación y realización de la campaña, los estudios económicos y técnicos de la misma, su control y la asistencia técnica al cliente en sus relaciones con los medios".

Como se advierte, la fórmula legal es poco feliz. Confunde dos cosas que son muy diversas, como el propio legislador ha constatado en el inciso final del artículo 31. Porque si "normalmente" consiste en una comisión fija no se comprende cómo luego la contraprestación se hace tan elástica como convenga para incluir la remuneración de la compleja actividad de la agencia.

Una cosa es el pago de la contraprestación que debe el anunciante por el cumplimiento del contrato y otra muy

distinta que la agencia haya de quedar indemne mediante la compensación satisfactiva de los gastos y perjuicios que se le hubieren originado como consecuencia de su actividad indispensable para aquél cumplimiento.

Esta compensación no la recibe como contraprestación. Sólo se debe ésta por el cumplimiento de la prestación, y aunque el despliegue de la actividad sea obligado para la agencia no es la prestación que debe al anunciante.

Se ha sostenido que, por virtud del artículo 32 , "la comisión de las agencias se dibuja como único correspectivo de la actuación típica de la agencia, sin que ésta pueda alegar nuevas causas de pago" (30).

Evidente que el artículo 32 unifica la prestación que la agencia debe al anunciante puesto que frente a ella sólo surge una contraprestación única por la obtención del resultado. Sin embargo el hecho de que pueda hablarse de que "la comisión" es el "único correspectivo", sin duda por la proximidad del artículo 32 al inciso final del artículo 31, me parece que es suficiente como para pedir que se clasifique el sentido de la norma. Pues así interpretada deja, en mi opinión, sin protección suficiente el legítimo interés de la agencia.

Configurar como contraprestación todo el reembolso que hayan de percibir las agencias por sus desembolsos y gastos implica desde luego reonocer que sobre ello ha de recaer el consentimiento contractual. Lo que significa que en definitiva las partes pueden acordar lo que estimen oportuno. Pero nótese que es sumamente difícil a priori de la realización del proyecto conocer cuáles son los gastos que va a suponer. Una cláusula contractual que simplemente salve el derecho de la agencia al reembolso ha de considerarse suficiente, siempre que los gastos que efectivamente se hayan producido sean de los que pueden estimarse integrantes de una usual actividad en favor del resultado pretendido. Y como por su naturaleza el proyecto publicitario puede moverse entre límites amplísimos, pienso que la cuestión se reconduce a la comunicación que la agencia debe pasar al anunciante y a las instrucciones de éste último. Fuera de esta exigencia quedarán sólo aquellos gastos y desembolsos que por su naturaleza sean indispensables al cumplimiento de la obligación (tales como envíos y transportes).

En este orden, creo que la solución ha de encontrarse a medio camino entre la que se aplica para el contrato de comisión y la que en los sistemas de derecho compa

rado se acoge para el contrato de agencia (31). Porque si efectivamente en la retribución a la agencia de publicidad pueden haberse tenido ya en cuenta "los gastos habituales de la explotación de la empresa", cualquier diferenciación entre gastos ordinarios y extraordinarios debe basarse en criterios distintos a los que normalmente pueden servir para establecerla en el auténtico contrato de agencia, acercándose más en este punto a lo que se dispone para el caso del comisionista.

Consiguientemente, entiendo que el sistema introducido por el artículo 32 del Estatuto es el siguiente. En principio, se acoge el criterio fundamental del contrato de agencia, de remuneración única que retribuye los gastos habituales de explotación de una agencia de publicidad. E incluso en este punto el criterio no es inflexible porque deja a la disposición de las partes en la conclusión del contrato determinar lo que estimen conveniente. Pero el artículo 32 no impide que la agencia sea reembolsada de los gastos que con concreto - y fuera de los que sean generales de la explotación - hayan de realizarse para la ejecución del proyecto. Como tales gastos pueden representar serios desembolsos, excepto para aquellos que sean inevitables por sí mismos, la agencia no debe emprenderlos sin aquiescencia del anunciante. Y para esos otros inevitables la regla más idónea me parece ser la de la comisión, se

gún se interpreta por la mejor doctrina (32).

Con ello se salva, en mi opinión, el espíritu de la norma que no es otro sino el de impedir que las agencias puedan olvidar que en su propia actuación empresarial está ya la habitualidad de unos gastos que no tienen por qué repercutirse sobre el anunciante. E impedir que para éste se produzcan sorpresas, no muy infrecuentes en la práctica. Pero a la vez no puede querer el artículo 32 que la agencia quede sin protección por los gastos que en concreto haya tenido que realizar para dar satisfacción a la pretensión del anunciante. Como ocurriría si no se interpretara del modo que se propone, teniendo en cuenta sobre todo la esencial revocabilidad del contrato.

A interpretación cercana a la que se sostiene aquí es la que se desprende del anteproyecto de código tantas veces citado. Que en sus artículos 28, 29, 30 y 34 establecía un sistema por el cual, tras de reconocer que "por la labor de concepción, creación, realización, ejecución o distribución de la campaña" las agencias "tienen derecho a percibir remuneración fijada por las partes" (art. 28), se señalaban unas listas denunciativas de "los servicios incluídos" en el normal desarrollo de la actividad de la agencia (art. 29) y de los exclu

dos que por lo tanto habían de reembolsarse por el anunciante (art. 30), a condición de haberle informado previamente (art. 34). Tal sistema es desde luego el normal en todos los países.

Pero, por otro lado, estimo que no resulta apropiado hablar de remuneración si es que el término se entiende como incluyendo un beneficio. En mi criterio, la agencia no tiene derecho a remuneración sino a quedar indemne de los gastos que se le hayan originado.

c) Obligación de no utilizar las ideas publicitarias para fines distintos de los pactados. - No se encuentra recogida en el régimen jurídico del contrato de publicidad pero deriva de lo que dispone con carácter general los artículos 70 y 71 del Estatuto.

Por virtud del contrato de publicidad el anunciante no adquiere un derecho de utilización ilimitada de las ideas publicitarias nuevas y originales. Al contrario, los límites vienen impuestos precisamente en el contexto del contrato.

En realidad, en relación con este contrato no puede hablarse siquiera de que el anunciante adquiera derecho alguno de utilización. Este permanece en la agencia que lo ejerce justamente brindando al anunciante la oportunidad de que

su publicidad incorpore aquellas ideaciones. Quien en realidad las utiliza es la agencia.

Por lo mismo me parece también un argumento más para sostener que no debe haber "remuneración" de esa actividad creativa y realizadora sino compensación de los gastos que cause.

Naturalmente que si el anunciante quiere utilizar las ideas por sí será necesario que sobre ese punto recaiga convenio con la agencia pero será ya algo ajeno al contrato de publicidad.

Es evidente que sobre las ideas que no llegaron a ser utilizadas por la agencia en la publicidad del anunciante por haberlas éste reprobado, no puede plantearse cuestión alguna. Ni adquiere ningún derecho el anunciante ni la agencia deberá utilizarlas para su publicidad.



## VII - EXTINCION DEL CONTRATO DE PUBLICIDAD

Sobre esta importante cuestión el Estado guarda absoluto silencio salvo en el artículo 38 que será objeto de análisis.

No se plantean, desde luego, problemas especiales por lo que toca al mutuo disenso, el cumplimiento de su objeto y el transcurso del tiempo.

La razón en que se funda el artículo 280 del Código de Comercio para declarar la extinción del contrato de comisión en caso de quiebra del comisionista, puede valer también para nosotros porque como afirma el Profesor GARRIGUES es incompatible con la relación de confianza (33). Pienso, sin embargo, que en materia tan importante puede resultar inconveniente recurrir a la analogía y puesto que la ley pudiendo preverlo no dice nada parece mejor entender que es que no lo quiso, teniendo en cuenta que en esta materia el crédito estricto no importa tanto cuanto si se extiende para incluir el crédito que podríamos llamar publicitario. Claro es que las dificultades para la ejecución del contrato son evidentes si se observa desde el lado de los medios. Pero solo, desde luego, en el caso que la agencia actúe como comisionista y no como representante. En tal caso, y dentro

de las reglas generales de la quiebra, estimo que el cumplimiento del contrato habría devenido imposible.

La quiebra del anunciante surtirá por analogía los efectos propios que se preven en el artículo 251 del Código de Comercio.

En cuanto el transcurso del tiempo y la realización del objeto parece ilustrativo traer aquí la aspiración de las agencias a contituir el llamado derecho de clientela. Se puso de manifiesto una vez más en el tan repetido Anteproyecto de Código que en su artículo 24 preveía que sólo quedaba tal derecho "invalidado mediante la comunicación de la ruptura hecha por el anunciante cuando haya finalizado en todos sus aspectos la campaña en curso".

Claro es que ésta es una cuestión que excede de el tema de la extinción en sí del contrato porque, desde luego, el "derecho de clientela" mira a la conclusión de los sucesivos, justamente porque aquél ya está extinguido. Pero me ha parecido útil exponer esta aspiración que, desde luego, puede llegarse a imponer en la práctica sólo en la medida que la protección a la lealtad en la competencia entre las agencias no afecte al principio de su libertad desde los anunciantes.

La cuestión trascendental en punto a la extinción del contrato reside en lo referente a su resolución unilateral.

En este punto, sin embargo, la ley contiene la norma del artículo 39: "Cuando se trate de contratos publicitarios de duración continuada y sujetos a la cláusula "salvo nuevo aviso", el cliente podrá suspenderlos, dando cuenta de su decisión con la antelación pactada y, en su defecto, de modo que no origine perjuicio inmediato a la agencia o directamente a los medios".

A base de esta norma y de la contenida en el artículo 27 que nos es ya conocido, es necesario construir toda la amplia problemática que en esta materia se plantea.

Por lo pronto, la ley guarda silencio respecto a la resolución unilateral del contrato o revocación del mismo por parte de la agencia.

En mi opinión, tal silencio no puede interpretarse más que en el sentido de que se niega tal posibilidad. Ni tendría su fundamento en la ley ni existe ninguna razón en la vida que la justificara. Por el contrario, supuesto el sentido de colaboración que el contrato tiene, parece que los criterios que inspiran las soluciones jurídicas que se adoptan

para tales relaciones deben ser quienes presidan la que para el caso concreto del contrato de publicidad se acoja. Y no debe olvidarse que el Código de comercio, fiel a la realidad que disciplina, elimina de la comisión la causa de extinción que para el mandato prevé el apartado 2º del artículo 1.732 del Código civil.

No sólo la comisión no se extingue por la renuncia del comisionista a la comisión aceptada, sino que el artículo 252 del Código mercantil le impone la responsabilidad de los daños que por el incumplimiento "sin causa legal" "sobrevenga al comitente".

Las razones que inspiran el precepto se descubren también en el contrato de publicidad pues aunque ésta no sea una fuente directa de operaciones lucrativas para el anunciante, sí es un instrumento de primer orden para su consecución.

Ahora bien, desde la óptica del anunciante, el problema es mucho más complejo. Y a agravarlo ha venido, sin duda, la propia ley con su artículo 38 antes reproducido.

Porque si el precepto no existiera una interpretación bajo los principios de la jurisprudencia sociológica

llevaría a aproximar el contrato de publicidad a la comisión. Y aun para quienes se esforzasen en descubrir una pretendida "naturaleza" de contrato de obra, sería obvia la aplicación del artículo 1.594 del Código civil que, a pesar de la restrictiva interpretación jurisprudencial, merece una extensión a todo supuesto de arrendamiento de obra (34).

Desafortunadamente el precepto existe y el intérprete se encuentra forzado porque con solo su existencia le advierte de algo tan importante como que la ley tiene en cuenta la cuestión y trata de resolverla. Y que, por lo tanto, su solución implica una elección sobre otras posibles, lo que significa, a su vez, que se reduzca el margen de imprevisión que puede imputarse a la ley y que en lo verdaderamente no previsto hayan de adoptarse criterios que no contradigan el que ella introdujo.

Demasiadas limitaciones cuando, además, la norma resulta aparentemente discutible.

El artículo 38 del Estatuto reconoce al anunciante la facultad de revocar el contrato. No a otra idea responde la suspensión que prevé.

Pero condiciona el ejercicio de la facultad al doble juego de que se trate de un contrato de duración conti-

nuada y de que esté sujeto a la cláusula "salvo nuevo aviso". Por consiguiente, se puede afirmar que bajo ciertas circunstancias, al menos, el contrato de publicidad es revocable por el anunciante sin más requisito que su simple voluntad.

Es necesario, entonces, analizar cuál es el sentido que tienen las circunstancias legales.

La primera se refiere a la duración del contrato. Cosa que inicialmente no sólo no repugna sino que hasta parece ser congruente con la misma realidad. Sin embargo, no hay tal, en primer lugar porque hay que preguntarse qué quiere decir un contrato de publicidad de duración continuada.

Sin duda la ley ha contemplado el contrato en la dinámica funcional de su cumplimiento último. Esto es, en cuanto se refiere a la ejecución misma del proyecto publicitario por la agencia. Con lo que la duración se advierte cuando el proyecto exige una sucesiva serie de actos de publicidad. Diríamos que contempla la ley el supuesto normal de una programación publicitaria que se desarrolla en el tiempo sucesivamente. Con lo cual o se habrá expresado o se deducirá del contexto del propio proyecto una duración temporal a la vigencia del contrato. Pero también se advier

te el mismo juego del factor tiempo para esa vigencia cuando siendo uno solo el acto de publicidad, pertenece a la categoría de los que llamamos continuados. Un solo acto de publicidad previsto en el proyecto que exige un solo contrato de difusión por parte de la agencia, puede mantener sus efectos divulgadores durante un periodo de tiempo. En este sentido, puesto que la contraprestación de la agencia se coloca en función de la duración del acto mismo, el factor tiempo supone una vigencia del contrato por todo el que dure la divulgación publicitaria.

Por consiguiente, es contrato de publicidad de duración continuada el que se consuma de modo divisible por la ejecución de múltiples actos de divulgación sucesivos, y también cuando se consuma por un solo acto continuado. La duración en este caso deviene de la que se haya previsto para la vigencia del contrato de difusión.

Pero, de todas formas, y aun ampliando así el concepto, sigue siendo cierto que la ley enfoca el tema desde la óptica de la ejecución del contrato. El anunciante puede, según el tenor del artículo 38, suspender los actos publicitarios subsiguientes o el acto que continúa realizándose.

Esta conclusión se avala con la segunda de las circunstancias que el artículo 38 establece. La cláusula "salvo nuevo aviso". Ciertamente sólo puede referirse a que se entiende que se deben ejecutar los actos previstos en el proyecto o mantener la efectividad divulgadora del solo acto hasta tanto no se cursen instrucciones en contrario por el anunciante.

La ley se expresa en relación a esta segunda circunstancia diciendo que la revocación del anunciante procede respecto de los contratos "sujetos" a la cláusula señalada.

Me parece importante resaltar que no exige que tal cláusula conste en el contrato sino que éste debe ser de los "sujetos" a ella. Con ello desde luego rinde la ley tributo al dogmatismo jurídico que se empeña en recurrir a conceptos puramente elaborados para que la regla no resulte en contradicción con otros conceptos. Tal es el caso en general de las cláusulas implícitas. Referirse a que existe implícitamente una cláusula en un contrato es pretender sostener un andamiaje formal que no siempre está justificado.

Porque no me cabe duda que el modo como



se expresa la ley supone el reconocimiento del carácter implícito de la repetida cláusula.

El problema se traslada a determinar en qué condiciones o cuáles son los contratos de publicidad que se "sujetan" a ella.

Es posible que la formulación legal resulte práctica por su elasticidad ya que la vida real suele ser siempre más fértil que la más imaginativa de las cristalizaciones normativas. Pero resulta ciertamente muy difícil pensar en un contrato de publicidad que no esté "sujeto" a la cláusula "salvo nuevo aviso".

No es ya sólo que el contrato suponga una relación de confianza y muestre también unos matices de servicios profesionales. Es que, además, se dan dos circunstancias, ya señaladas aquí, que no pueden desconocerse por el Derecho. Y que son, en realidad, una sola, vista desde dos perfiles diferentes.

Una, desde el subjetivo, que la relación entre anunciante y agencia es de colaboración de ésta en las tareas y actividades de aquél. La otra, desde el ángulo objetivo, es que la publicidad se subordina a la actividad de que es instrumento.

Tener o no tener confianza es algo que no puede medirse por patrones objetivos, y sobre lo que muy difícilmente -y muy inútilmente además- puede operarse en base a construcciones dogmáticas. Nadie absolutamente puede estar obligado a tener confianza en otro ni a mantener la que tuvo ni a recuperar la que perdió.

El Derecho no ha desconocido esta realidad. Por eso, las relaciones de confianza que ha tipificado son revocables.

A ello se añade que por tratarse de una relación de colaboración, en cuanto supone integrarse el "hacer publicitario" en el hacer del anunciante, se atribuye en el concepto público inmediatamente a éste lo que la agencia hizo. A las agencias menos que a nadie puede sorprender el argumento puesto que son ellas las primeras interesadas en mantener, al menos, la creencia de los anunciantes, de que esa integración indisoluble se produce -crear "imagen de marca" es forma de hablar tan comun como expresiva-í. Precisamente una campaña publicitaria será en este aspecto tanto más correcta técnicamente cuanto más haya conseguido actuar sobre el recuerdo y la asociación de ideas que lleva del anuncio al anunciante. Por lo mismo, la subordinación

de la publicidad a la actividad de éste es total. Aquélla no es sino un instrumento para alcanzar los objetivos propuestos respecto de la última.

En todo contrato existen unos objetivos y unos móviles, que por cierto la ciencia jurídica se esfuerza en ignorar, que pueden variar después de concluido. Y es obvio que ello no debe dar lugar a sostener que cuando la variación se produzca deba repercutir en la obligatoriedad del cumplimiento.

No es en ese sentido en el que aquí se habla de objetivos. No se trata de los que son propios del contrato de publicidad como tal contrato. Ni tampoco hay que recurrir a abstracciones como bases del negocio, riesgo imprevisible, etc. No es un problema que afecte a las prestaciones de las partes como en los supuestos que acaban de mencionarse.

Se trata de que las mutaciones en la actividad principal del anunciante no pueden dejar de repercutir en la actividad publicitaria. Sería tanto como haber desintegrado una materia única despojando al anunciante de su inalienable capacidad de decisión sobre una parte de ella.

Y esto es algo que está en la naturaleza de

las cosas y que el Derecho no puede ni debe desconocer, alterar o destruir. Porque no se hizo la realidad para el Derecho sino la técnica jurídica para resolver en justicia sobre los "comportamientos" que le suministra la misma realidad.

Y justamente por ello tampoco puede olvidarse que la publicidad incide directamente sobre el orden de los intereses de terceros, del público en general. Y si se impone una especial disciplina jurídica a la publicidad es porque se han ponderado también esos intereses. Tal disciplina exigirá que las mutaciones de la actividad principal encuentren su traducción en la publicitaria, puesto que de otro modo se podría vulnerar aquella en lo que tiene de tutelar de la confianza que en el público engendra la publicidad.

Por lo tanto no es que no deba quedar obligado el anunciante a hacer publicidad cuando se haya transformado su actividad principal es que no puede quedar obligado.

La "clausula salvo nuevo aviso" está en la naturaleza de la publicidad, cuando se hace por medio de una agencia porque está presente la posible pérdida de confianza, pero en cualquier caso porque se liga indisolublemente a la actividad a cuyo favor se instrumenta.

El artículo 38 del Estatuto por atender sólo al

aspecto de ejecución, al aspecto dinámico, no resuelve en realidad el problema en su conjunto. Porque cabe preguntarse si la revocación puede producirse antes de que se inicie la ejecución. Parece evidente que si cabe revocar el contrato cuando se ha iniciado la ejecución de los actos no hay ninguna razón para negarla en un momento anterior.

Y si cabe en un momento anterior por qué con dicionar a que se trate de un contrato de duración continuada - sujeto a la cláusula salvo nuevo aviso?.

Es que en realidad la ley no condiciona la revocación a las características del contrato. Es un simple modo de expresión porque se ha considerado necesario preceptuar que a lo largo del desarrollo del cumplimiento del contrato, éste puede revocarse.

Con lo que puede concluirse que precisamente el principio que recoge la ley es el de la revocación del contra to de publicidad (35).

Esta interpretación es la más congruente con la materia que se regula. Porque veamos ahora cuáles son en realidad los conflictos que se plantean.

Si la mutación en la actividad principal del -  
anunciante debe repercutir en la publicidad, el interés de la agenc

cia podría pretender que ello no debe significar sin embargo una extinción del contrato sino que se resolviera en una nueva acción o estrategia publicitaria que debería llevar a cabo la agencia, -- tras las oportunas instrucciones, pero dentro del mismo marco contractual que se mantendría existente. Creo, sin embargo, que la posibilidad de revocación no podría negarse cuando realmente ninguna publicidad fuera aconsejable o incluso el hacerla supusiera desconocimiento de los intereses de terceros que la ley ha considerado dignos de tutela al disciplinar la publicidad, y por lo que el anunciante resultaría responsable.

El interés de éste exige que se le dote del -- instrumento jurídico que es la facultad de revocar.

Se advierte entonces que por este camino llegaríamos a un casuismo de prácticamente imposible solución. - Sobre todo de una solución que aportase a las relaciones, la primera y fundamental ventaja del Derecho; la seguridad.

Es menester indicar un criterio jurídico único.

Cualquier anunciante, y seguramente cualquier agencia, se sorprendería mucho si algún jurista le dijera que no puede dejar de hacer la publicidad que contrate. Y si se le dijera seguramente intentaría dejar sin efecto la enfática proclamación mediante subterfugios que le proporcionaran el efec-

to de la revocación sin que formalmente se produjera porque "formalmente" estaría prohibido por la ley. Qué duda puede haber de que ese efecto lo alcanzaría utilizando de "forma" irreprochable el instrumento que la ley pone en su mano de las instrucciones a la agencia.

Y es que, en suma, el problema acaba, como siempre, resolviéndose a la luz del principio de la buena fé en el cumplimiento contractual.

El interés de la agencia no puede desde luego desconocerse tampoco pero sólo se protege eficazmente y dentro de los límites de lo que es debido por otros mecanismos jurídicos, cercanos al principio de la buena fé y sin necesidad de recurrir a negar la viabilidad de la excepción al artículo 1256 del Código civil, con lo que se negaría el interés del anunciante.

El de la agencia no puede residir en hacer definitivamente una publicidad que al anunciante perjudique o le sione. En realidad, el suyo es el interés de cualquier contratante en obtener la prestación que se le debe por el contrato. En la pugna de intereses en el artículo 38 hay base suficiente para estimar que la ley considera más atendible el del anunciante para negar que se realice una publicidad que

no se desea. Sin que por ello se desconozca el de la agencia que se atiende mediante la eliminación del perjuicio que para ella se derive.

Del artículo 38 se deduce el criterio favorable a la revocación. Y de cuanto se ha dicho se deduce también que los aparentes condicionamientos que impone no pueden ser tales sino un modo de expresión que no prejuzga la posibilidad de revocación en otros casos o referido a otros momentos anteriores a la iniciación de los actos de publicidad. Modo de expresión que viene impuesto por la lógica desde que la ley piensa la formulación de la regla para el momento de la ejecución.

Es sin embargo de lamentar que la redacción sea confusa. Lo que además se aumenta con lo que el artículo 38 dispone en relación a un plazo de preaviso. Por cierto que no impone que se haya marcado este plazo puesto que prevé las consecuencias de su inexistencia.

Parece inconveniente la fórmula legal porque en el fondo prever la revocación del contrato y anudar sus efectos al respecto a un plazo es desconocer la realidad del tráfico y aproximarse a una óptica muy alejada de la dinámica publicitaria.



Sin embargo, el hecho es que ahí se encuentra la norma. Y creo que en este punto, la ley, en suma, ha dejado a las partes cierta disposición para componer sus intereses. No se trata de que admita la renuncia del anunciante a su facultad revocatoria. Sino de que se atenga su ejercicio a un resultado de justicia. Ahora bien, una cosa es limitar el ejercicio de la revocación del contrato en cuanto a sus efectos dilatorios y otra que el anunciante no pueda, en cualquier momento suspender la efectiva aparición de sus anuncios. Con lo que el respeto al plazo pactado se traduce en último término en una referencia o módulo que sirve para la estimación objetiva del perjuicio que a la agencia puede originarse y que el anunciante habrá de reparar.

Por eso justamente es por lo que la propia norma señala que "en defecto" de haberse pactado la antelación en el preaviso la revocación no podrá originar perjuicio a la agencia. Que se estimará en concreto y que, en definitiva, corresponderá fijar a los Tribunales de Justicia.

Tampoco puede causarse un perjuicio "a los medios" según el mismo artículo 38. Cosa que no es sino un trasunto de lo que para el supuesto de la comisión dispone el artículo 279 del Código de comercio.

A la opinión que aquí se mantiene sobre la facultad revocatoria del anunciante, no es obstáculo lo previsto en el artículo 27 del Estatuto que, como se señaló, establece el mecanismo propio de las obligaciones bilaterales. Justamente por ésto. Es decir, porque lo que el artículo 27 no quiere es resolver sobre el problema de la extinción del contrato por resolución unilateral sino señalar las consecuencias que se derivan de un incumplimiento de obligaciones concretas que están en el contrato y que se estiman y son recíprocas. Lo es la efectiva ejecución del acto publicitario respecto de la de pagar el premio por su realización.

Hay que reconocer, finalmente, que el interés de la agencia en este punto queda mejor protegido en la medida que existe un mecanismo jurídico eficazmente tutelar del derecho sobre las creaciones publicitarias. Y, también, en la medida que el mercado publicitario reaccionara hacia una mayor lealtad en la competencia. Considero que son dos cuestiones que aunque aparentemente independientes de la que aquí se ha tratado están, sin embargo en la práctica muy vinculadas. Porque cualquier timidez en el reconocimiento de la facultad revocatoria, que es tanto como empeñarse en reforzar la vinculación contractual por la rígida aplicación del

principio "pacta sunt servanda", está condicionada por el temor de la agencia a una desleal actividad de los competidores y a una abusiva utilización por el anunciante de los proyectos publicitarios (36).

Aún reconociendo que esto es así, no creo, sin embargo, que pueda negarse que, de iure condito, con más o menos reservas y con mejor o peor fortuna, la regla jurídica es la de reconocer la facultad revocatoria. Y de iure condendo, resulta deseable que se exprese con mayor rigor.

NOTAS AL CAPITULO IX

- 1) El contrato por el que una agencia se obliga a difundir un mensaje en los programas de un teatro, en el billete de un espectáculo, en el boleto de la quiniela, etc., es un contrato de publicidad.
- 2) En contra, LOUSTALAN, op. cit. pág. 135 y siguientes. No puedo aceptar la tesis, de que en esos contratos el "periódico" asume iguales obligaciones que frente al anunciante. El medio únicamente se obliga frente a la agencia de exclusivas a mantener disponibles unos espacios en los soportes de los que es titular, y consiguientemente a mantener incluso esos mismos soportes. Es lo que se ha llamado "alquiler de posibilidades de publicidad" (RITTNER). - El contenido del contrato no es el propio de difusión o - tarifa previsto en el Estatuto. Máxime cuando las agencias de exclusivas quedan sometidas a las normas de los medios (cfr. art. 15 E.P.) en las "relaciones publicitarias". Son esas agencias las que concluyen con los anunciantes o sus agencias los contratos de difusión (vease, CAP. IV de esta tesis). En este sentido, C. J. VARANGOT, op. cit. nº 90 - RDM pág. 394 y 397 especialmente.
- 3) El anteproyecto español de código de prácticas leales, al que ya he aludido, en los artículos 29 y 30 se refería a los servicios de la agencia al cliente. Siguiendo una - práctica idéntica incorporada a otros códigos extranjeros,

la referencia se hacía para indicar cuáles servicios quedaban incluidos en la remuneración por el proyecto y cuales no. Pero en todo caso sirven aquí como útil orientación sobre lo que las agencias entienden ser su función. Así se reconocía: el estudio de mercados y motivación; creación de la campaña -distinguiendo entre "visualización y redacción esquemática" y "creación de las piezas publicitarias -con supervisión, control, administración y realización de fotografías, películas, etc.; selección y justificación de medios y el envío de las piezas a los mismos, y la contratación de los espacios; promoción de ventas; y relaciones públicas.

4) Al contrato de publicidad se incorpora la obligación -del consejo o recomendación sobre la conveniencia u oportunidad de las acciones publicitarias del anunciante, a una relación contractual duradera se une el que está presidida por la confianza (Vease J. GARRIGUES "Contratos --bancarios. "Madrid 1.958, pág. 47". También Anotadores de Ennecerus: II-2º V. primero pág. 620.

5) No quiere decirse con ello que la agencia adopte una -función auxiliar del anunciante en sentido técnico. Pero me parece extremadamente simplista la posición de GIORDANO en este punto (G. GIORDANO: "Il contratto di agenzia". Bari 1.959. pág. 406).

6) Vease, M. FUSI "Manuale..." cit. vol. I. pág. 30. También revista PUBLICIDAD nº 4-5 1.966 pág. 119.

7) PLANIOL-RIPERT, op. cit. T. XI pág. 229; J.M. REZZONICO: "Estudio de los contratos" T. II 2ª ed. Buenos Aires 1.959; C.J. VARANGOT (loc. cit.) aun cuando se refiere al contrato de publicidad como el celebrado entre el anunciante y la agencia, es de notar que equivale en cierto modo al nuestro de difusión porque parte de que la agencia es de exclusivas; LOUSTALAN, op. cit. Por el contrario, ENNECERUS que no se ocupa del contrato de publicidad sin embargo al de difusión lo llama de inserción de anuncios (vease Tomo II-2º vol 1º pág. 510). También M. FUSI (op. cit.)etc.

8) Vease Capítulo II de esta tesis.

9) En el mismo sentido, M. PAPESCHI, op. cit. pág. 41; - M. FUSI, op. cit. Vol. I. pág. 25 y siguientes, etc..

10) GARRIGUES-URIA "Comentario a la ley de Sociedades -- Anónimas". Madrid 1.953 T. II pág. 115.

11) Ibidem, pág. 95 y siguientes.

12) J. RUBIG: "Introduccion..." cit. pág. 565.

13) Seguramente el Estatuto se ha inspirado en la doctrina que sostiene que el nombramiento o designación de agentes es acto de administración (Por todos, vease: A. FORMIGGINI: "Il contratto di agenzia". Torino 1.958. pág. 39 y siguientes). Pero no se ha tenido en cuenta que ni la agencia de publicidad es un agente en sentido técnico ni el contrato de publicidad es un contrato de agencia.

14) Vease G. GARCIA VALDECASAS: "La esencia del mandato".

Rev. Der. Priv. 1.943.

15) PLANIOL-RIPERT (op. cit. T. XI pág. 229 y siguientes) admiten la diferencia que existe entre la función del agente y la de la agencia de publicidad. Y aún considerando - ambos supuestos como incluidos en la intermediación en el verdadero contrato de publicidad que es para ellos el de difusión, reconocen que mientras el agente es a menudo un comisionista, la agencia es un empresario que se encarga de realizar una publicidad eficaz para el anunciante a "cuyo servicio pone su organización". BUSSMAN-DROSTE (op. cit. pág. 179 y siguientes) sostienen que, por lo general, será un contrato de servicios. J.C. VARANGOT (op. cit. nº 91 RDM pág. 73 y siguientes) se refiere a la cuestión según se ha interpretado por la jurisprudencia argentina, que - en general se orienta a considerar el contrato entre el -- anunciante y la agencia como de comisión o de obra, siendo ésta última su naturaleza cuando la agencia asume la creación de la campaña. No es muy explícito ASCARELLI. En realidad porque sólo incidentalmente alude a la cuestión, pero creo que se deduce su opinión de considerar el contrato - como de obra (T. ASCARELLI, "Teoría..." cit. pág. 438). En el mismo sentido, M. FUSI "Manuale..." cit. Vol. I pág. 23 y siguientes. También PAFESCHI. op. cit. pág. 41 y siguientes. Y GIORDANO, op. cit. pág. 405. Entre nosotros sostiene la naturaleza del arrendamiento de obra el anónimo au-

tor del artículo "El régimen jurídico de la publicidad en Francia..." cit. pág. 127.

16) M. FUSI. "Manuale..." cit. pág. 25 y siguientes.

17) Por todos, vease GIORDANO, op. cit.

18) J. GARRIGUES: "Tratado..." cit. T.III pág. 480.

19) J. GARRIGUES ibidem.

20) J. PUIG BRUTAU, op. cit. T. II-2 pág. 351.

21) Vease Capítulo VIII de esta tesis.

22) Existen, incluso en España, empresas especializadas - precisamente en los envíos directos de material de propaganda. La agencia puede contratar con esas empresas tal - servicio, en cumplimiento de su contrato de publicidad con el anunciante.

23) MARTIN OVIEDO se cuestiona en torno a si la presunción del artículo 33 es inris et de inre para considerar que - puede admitirse la prueba en contratio (J.M. MARTIN OVIEDO, op. cit. pág. 40 nota 53). Como sostengo en el texto, no creo que sea un planteamiento correcto.

24) Vease J. GARRIGUES: "Tratado..." cit. Tomo III pág.-- 472 y siguientes.

25) J. GARRIGUES: "Tratado..." cit. Tomo III pág. 496 y siguiente.

26) Notese que al hablar de comisión del credere respecto a las agencias de publicidad, me refiere a que actúan así frente al anunciante y no frente a los medios pues el contrato que les vincula a estos últimos no es contrato de -



comisión.

27) Entre otras muchas, pues es doctrina jurisprudencial reiterada, las sentencias de 10 de marzo de 1.949, de 9 de marzo de 1.950, de 5 de mayo de 1.953.

28) Vease, J. Puig Brutau: op. cit. I. 2ª pág. 160, y jurisprudencia allí citada.

29) Vease J. GARRIGUES: "Tratado..." cit. T.III-1ª pág. 500 y siguientes.

30) Vease: "El régimen jurídico..." cit. Rev. PUBLICIDAD nº 1ª pág. 127.

31) Vease J. GARRIGUES "Tratado..." cit. T. III-1ª pág. 561.

32) Vease J. GARRIGUES, ibidem pág. 480 y siguiente.

33) Vease J. GARRIGUES, ibidem. pág. 511.

34) Vease J. PUIG BRUTAU, op. cit. II-2ª pág. 399 y jurisprudencia allí citada.

35) El Artículo 17 del anteproyecto de código señalaba - que cuando "el anunciante desee suspender o rescindir una orden que esté en fase de ejecución no podrá hacerlo sin la conformidad previa de la agencia". La norma me parece en clara contradicción con la ley. A pesar de lo cual, no podía dejar de reconocer que sería excepción el caso de que existieran causas justificadas.

36) A ello responde el pretendido derecho de clientela - para las agencias, que se formulaba en el anteproyecto - de código incluso en términos, en mi opinión inadmisibles,

tales como los de su artículo 36 que después de reconocer un derecho prioritario para las campañas sucesivas, facultaba a la agencia mientras no se hubiesen satisfecho las facturas para "ejercitar los derechos dimanantes de la condición" de agencia del anunciante.

## CAPITULO DECIMO

### EL CONTRATO DE DIFUSION O TARIFA PUBLICITA- RIA

Se altera, en este capítulo, la sistemática que la ley sigue en la exposición de los contratos publicitarios.

De ser fieles a ella, se debería analizar ahora el contrato de obra o creación publicitaria, que es el que se recoge en la Sección II del capítulo II del Título IV del Estatuto, mientras que al contrato de difusión o tarifa se destina el Capítulo III del Título.

La razón que ha tenido la ley ha sido, sin duda, la de la proximidad de los dos contratos que se contemplan en el Capítulo II por el hecho de la intervención de una agencia. Ambos son, además, lógicamente antecedentes al que ahora nos ocupa.

Considero, no obstante, preferible anteponer el análisis del contrato de difusión o tarifa por dos motivos. Primero, porque con él se completa el ciclo del " ha-

cer publicitario". Es el negocio de realización por excelencia del contrato de publicidad. En segundo lugar, porque el contrato de obra o creación no sólo es marginal en significación sociológica sino incluso en su regulación jurídica. Sólo merece tres artículos en la ley y, para colmo, se remite al tan olvidado en nuestro Ordenamiento contrato de obras.

## I - CONCEPTO

Dice el artículo 43 del Estatuto que "el contrato de difusión o de tarifa publicitaria es aquel por el que una parte -medio- se obliga en favor de otra -cliente o agencia- a permitir el disfrute publicitario de un determinado bien y a desarrollar una actividad productora de un resultado publicitario, mediante una contraprestación en dinero, cuya cuantía normalmente resulta de la aplicación de tarifas y condiciones generales de contratación".

Basta con leer el precepto para advertir la trascendencia del contrato. Si bien no es el cauce único, es desde luego, el más importante para la definitiva función de llevar al público el mensaje.

Es el instrumento jurídico que se brinda para las relaciones -más significativas- que tienden a la efectiva ejecución de la comunicación publicitaria. Ya se señaló

que en la terminología de la doctrina es a este contrato al que expresamente se denomina "de publicidad", y es el que merece algún -escaso- tratamiento por los autores. También, por lo general, su desarrollo es el que ha conocido una más abundante consideración por parte de los Tribunales.

No es infrecuente reconocerlo también bajo el nombre de contrato de inserción de anuncios, que tiene la fuerza expresiva de significar que, en efecto, el mensaje se inserta o incorpora a un soporte -cosa que le dá la apariencia de anuncio- que le transporta al conocimiento del público (1).

Hay, pues, dos aspectos, que también se descubren en el artículo 43 del Estatuto. Uno es el de la inserción o incorporación física a un soporte. Consiste el otro en la función comunicativa de éste.

Inserción o incorporación física -"disfrute de un bien" - expresa no sólo que el soporte tiene una existencia sino, además, que ésta puede consistir en una materia o en una energía. Con lo primero, quedan ya eliminados los soportes que más que tener una existencia son un "comportamiento". Me refiero a los casos de lo que aquí se denominó publicidad promoción. Por virtud de lo segundo, el soporte

tanto puede ser un bien material como la energía de las ondas, que se aprovechan para la comunicación.

Porque lo que, en segundo lugar, es definitiva la función comunicativa que el soporte cumple -"actividad productora de un resultado publicitario"- . Ahora bien, en la ley tal función no queda referida, como se advierte, de una manera directa al soporte en sí sino que se imputa al titular del mismo. Solo así puede hablarse de "actividad". Con lo que, cabe admitir que se trata tanto de soportes pre existentes a la acción publicitaria -que son los que tienen referida directamente aquella función- como de los que se crean ~~ex~~ novo justamente por virtud de la "actividad productora del resultado".

De la misma forma que ocurría al tratar del contrato de publicidad, el concepto del de difusión o tarifa no se puede extraer sólo del artículo 43 que el Estatuto consagra a definirlo.

Si se intentara, seguramente se obtendría un resultado inexacto en un triple sentido.

a) Los términos en que se expresa la ley resultan lo suficientemente amplios como para englobar cualquier relación que tienda a comunicar un mensaje publicita-

rio, siempre que éste se incorpore a un bien físico, y que quien dispone de él despliegue la actividad debida para que se exponga al público.

Aunque, evidentemente, la multiplicidad de formas de publicidad son otras tantas de comunicación o difusión publicitaria, es suficiente continuar la lectura del Capítulo III para advertir que la ley acota y aísla el contrato que regula dentro de la variada serie de los que pueden concluirse para obtener aquél resultado.

Al margen de la regulación positiva continuarán celebrándose contratos tendentes a la divulgación publicitaria. Porque no serán de difusión.

La ley ha partido, una vez más, de la tipificación social de que gozaban ciertos contratos. Y ha sido para ellos para quienes ha venido a disciplinar un régimen positivo. Aquella tipicidad se descubre en los que se concluyen con los medios institucionalizados. Esto es, con los que sea cual sea su finalidad última, en ella se integra la explotación publicitaria de los bienes físicos de que son titulares.

Por lo mismo, aunque el artículo 43 parece no conceder importancia decisiva a las tarifas y condiciones generales de contratación, el artículo 44 las impone como obli

gatorias,,, el 45 vuelve a ocuparse de ellas de modo terminante y el artículo 51 las presupone. Disparidad que, por cierto, no puede dejar de causar extrañeza.

En suma, hay que reconocer que el concepto queda restringido desde un ángulo subjetivo, cosa que no sólo no se trasluce del artículo 43 sino que incluso parece que choca con su inciso final.

b) Pero, por otro lado, por virtud de lo literalmente expresado en el artículo 43, puede pensarse que en el concepto de contrato de difusión o tarifa quedan comprendidos los que se celebren con el fin de obtener la explotación publicitaria de los soportes de que son titulares los medios.

Decir que estos se obligan a permitir el "disfrute" del bien y a "desarrollar" una actividad productora de un resultado publicitario" no deslinda la obligación del medio de la que cabría definir como propia suya en un contrato por virtud del cual se desprendiese de la explotación publicitaria.

Es más, la utilización del término "disfrute" expresa idea de aprovechamiento en cuanto percepción de los frutos de una cosa (2). El adjetivo "publicitario" supone sólo



que esos frutos se obtienen por virtud de la publicidad. Y es to es, justamente, lo propio de una explotación publicitaria de los "espacios" de los medios. Se "disfruta" del "espacio" en cuanto que se obtienen los frutos debidos por la inserción de anuncios en ellos.

La obligación del medio de "desarrollar la actividad productora del resultado" no se opone ni matiza ni restringe la construcción propuesta. Si un medio como un periódico o una emisora de radio, contrata la explotación de la publicidad, es obvio que en su obligación está la edición del periódico y su distribución a los lectores, o el montaje del programa y su difusión por las ondas. En ambos casos, se da la actividad productora del resultado publicitario que es la comunicación al público.

El inciso final del artículo 43 viene todavía a incrementar las posibilidades de la construcción indicada. Su claudicante referencia a las tarifas, parece autorizar que caben contratos de difusión en las que no se tengan en cuenta. Justamente sería el caso de los que ahora se vienen indicando.

Ciertamente tienen razón quienes sostienen los peligros de cualquier definición.

También ahora es paradójicamente necesario trasponerla para extraer la consecuencia de que en el concepto de contrato de difusión o tarifa no se incluyen los que se celebren con el fin de obtener la explotación publicitaria de los medios. En primer lugar, porque ya se ha indicado que el contratar sobre tarifa es lo característico. También porque del contexto del régimen legal se deduce que esto sólo se refiere al contrato que tiene por fin la ejecución del acto publicitario. Así, expresamente, del artículo 46 relativo a las alteraciones de tarifas durante la vigencia del contrato. Así, de los artículos 48, 49 y 50 que contemplan la ejecución misma de la comunicación al público. Lo mismo ocurre con el artículo 53 que sólo se comprende si se considera en directa relación al medio con quien tiene el interés económico último del ejercicio de la publicidad.

El régimen legal previsto para el contrato de difusión, está pensado, desde luego, para el supuesto del que se celebra, no para la explotación publicitaria, sino por quien explota la publicidad. De ahí la transcendencia de las tarifas que incluso dan nombre al contrato.

c) Otra cuestión que se suscita en torno al concepto del contrato, si es que no quiere salirse de la de-

finición contenida en el artículo 43 del Estatuto, se encadena con la que acaba de exponerse.

Es sabido que el artículo 15 en su segundo párrafo declara aplicables a las agencias de exclusivas las normas propias de los medios. Consiguientemente, a ellas se aplicará el régimen legal previsto para el contrato de difusión. Pero es obvio entonces que "la actividad productora del resultado" tiene muy diversa traducción según se trate de un medio o de una agencia de exclusivas. Ello será objeto de examen en su lugar oportuno que es el del contenido del contrato. Pero ahora importa decir que es intrascendente la actividad misma porque lo que sobresale es el resultado en sí que la comunicación es. Y así se aclara sin género de dudas en el artículo 47.

Tras el análisis expuesto, hay que concluir que el contrato de difusión o de tarifa es el que tiene como fin la realización de la comunicación al público del mensaje, mediante su incorporación a un soporte que se difunda entre un círculo indiscriminado de personas, por quien tiene racionalizada la utilización del soporte a esos fines (3).

Las notas que cabe atribuir al contrato son las siguientes:

a) Es consensual. La forma no es requisito, según se desprende del artículo 23 del Estatuto. Tampoco se perfecciona con la entrega de una cosa. Si esta entrega se impone, se hace en el sentido de "deber de acreedor" pero no es que en su virtud surja la obligación en la otra parte (crf. art. 48 EP).

b) La onerosidad se manifiesta en la propia definición del contrato.

c) Del contrato surgen obligaciones recíprocas para ambas partes.

d) Se trata de un contrato conmutativo y no aleatorio. Si bien en este punto es de advertir que su cumplimiento divisible en la mayoría de los casos puede desdibujar en ocasiones, la determinación en la cuantía de las prestaciones. Lo que no implica que están indeterminadas.

## II - ELEMENTOS PERSONALES DEL CONTRATO DE DIFUSION O TARIFA

### A) El medio

Al analizar en esta misma tesis el concepto de medio, se señaló que en el Estatuto el término era multívoco y que en una de sus acepciones aparecía como subjetivado (4).

Al hablar del medio como parte en un contrato no hay que decir que es en este sentido en el que ha de

tomarse el vocablo. Por lo tanto, medio es la persona que ostenta la titularidad de la utilización a fines publicitarios de un medio objetivo o soporte de publicidad.

También ahora es necesario señalar que en modo alguno es posible restringir el concepto haciéndolo coincidir con el de medios de comunicación social: prensa, radio, televisión. Aunque sean, desde luego, los vehículos mas aptos para la transmisión de los mensajes publicitarios.

Pero si no ha de entenderse equivalente medio publicitario -medio de comunicación social, sí es en cambio imprescindible a estos fines establecer la equivalencia entre aquél y medio institucional.

Para evitar equívocos tan posibles como inconvenientes, hay que apresurarse a advertir que con esta expresión quiere significarse algo relativo al aspecto económico de la actividad, por lo tanto algo objetivo. No en modo alguno subjetivo. No tiene el sentido de considerar institucionales a los medios inscritos en el Registro de la Publicidad que han obtenido por ello un título habilitante. Se quiere expresar que son entes entre cuyas actividades se encuentra racionalizada la de la publicidad, estén o no inscritos en el Registro, que es algo intrascendente a los fines de la cali-

ficación jurídico-privada de su contratación. Tal racionalización comporta dos cosas.

De un lado, la disposición de un soporte apto para incorporar mensajes publicitarios. De otro, la destinación del mismo, de modo organizados, a recibir la inserción.

El aspecto primero hace referencia a la titularidad. El segundo, a la actividad organizada. Veamoslos separadamente.

a) Es imprescindible que el medio cuente con la disponibilidad de un bien material o energético susceptible de incorporar mensajes. Lo que supone una titularidad que permita tal utilización.

Se habla de titularidad para destacar que no se trata en todos los casos de una relación de dominio.

Evidentemente, la propiedad del soporte incluye la facultad de utilizarlo a los fines publicitarios. El propietario del muro, del suelo o del vuelo gozan de esa facultad.

Pero lo importante es contar la disponibilidad del soporte, sea cuál sea el título que la autoriza. El empresario concesionario de una línea de transportes, o que monta el espectáculo en una sala o en un estadio, o que es

arrendatario de la cabecera de un periódico, o explota en el actual régimen de la radiodifusión una emisora, dispone de los vehículos, de la sala, del estadio, del periódico y de la emisora para explotarlos publicitariamente. Y esa titularidad puede circular en el tráfico y transmitirse autónomamente. Es el caso de las agencias de exclusivas cuya titularidad nada tiene que ver con el dominio del soporte y ni siquiera con ninguna otra sobre él. Porque se agota en sí misma.

b) El segundo aspecto a que nos hemos referido es el relativo a la explotación racionalizada del soporte a fines publicitarios.

El soporte sobre el que se tiene la titularidad ha de destinarse a fines de publicidad. Y esa destinación debe producirse de modo continuo y conforme a un plan. Lo que se traduce en una actividad habitual, lucrativa y racionalizada de incorporar, mediante un precio, los mensajes de terceros al soporte.

Esta nota de la racionalización de la actividad es la que se recoge en la ley al imponer la exigencia de unas tarifas. Porque, ciertamente, nada mejor que unas condiciones generales de contratación y unas tarifas para ex

presar la idea de actividad continua y conforme a un plan.

Por consiguiente, no todo titular de un soporte publicitario es medio en el sentido que concluya contratos de difusión. Esta figura contractual es la que típicamente concluyen los medios institucionales, esto es, los titulares del soporte que lo destinan racionalizadamente a la explotación publicitaria. Y tiene por fin el contrato las inserciones de mensajes, que es en lo que se traduce la explotación (5).

Pero la proposición inversa es igualmente cierta. Todo contrato concluido para ejecutar un acto de publicidad como negocio inserto en una racional explotación de un soporte por parte de cualquier titular del mismo, es un contrato de difusión.

En mi opinión, cualquier otra matización que quiera establecerse no tendrá base en la ley. Como desde luego, no la tiene la Orden Ministerial de 29 de febrero de 1969 que restringe la contratación de difusión a los titulares de órganos de comunicación social y a las agencias de exclusivas. Ya no sé si los inspiradores de tal Orden se han percatado de que no sólo se vulnera el Estatuto que es ley formal, sino que, incluso, si pretenden que la dis-



posición inferior tenga algún efecto jurídico-privado, de hecho se está intentando articular algo tan sorprendente como una nueva capacidad de obrar. La "publicitaria" se reserva sólo para una categoría de personas. Porque discurriendo por el camino trazado por la Orden, el titular de una valla de obras, o la empresa que explota un estadio o una plaza de toros, o una concesión administrativa de transporte, resulta que carece de una facultad que es la de contratar la inserción de anuncios en su valla, en su estadio, en su coso o en su autobús o tren.

Nótese que no se trata de que se impongan ex lege ciertas condiciones o requisitos al ejercicio de la actividad, cosa que sería perfectamente admisible. Como lo es el exigir que se desarrolle de forma racionalizada. No, ahora se trata de que a quien tiene la titularidad de un soporte que no sea órgano de información, se le impide que lleve por sí mismo la explotación racionalizada, para lo que tendrá que constituir un nuevo ente que será la agencia de exclusivas.

Creo que no son necesarios ahora mayores comentarios, a la vez que considero imprescindible que la Orden citada se borre cuanto antes de nuestro Ordenamien-

to (6).

B) El cliente y la agencia

Es parte en el contrato de difusión, según el artículo 43 del Estatuto, el cliente o la agencia.

Con el término cliente una vez más se quiere designar al anunciante. La conclusión es, como ya se señaló, que para la actividad publicitaria es irrelevante la intervención o no de una agencia.

La voluntariedad de la intervención de la agencia determina que el anunciante puede realizar su publicidad por sí mismo o en cualquiera de las formas que el Derecho tiene reconocidas para la actuación por medio de la interposición de otro. Podrá, en efecto, encargar a cualquier persona la conclusión del contrato de difusión en calidad de mandatario, comisionista o representante. En tal carácter, un estudio de publicidad puede, perfectamente, concluir un contrato de difusión.

Este es un punto, para mí, que resultando incontestable añade dificultad a la interpretación del artículo 33 del Estatuto. Porque si tal precepto no declarase que la agencia actúa siempre en interés o por cuenta del anunciante, resultaría claro que aunque un estudio pudiera concluir el

contrato de difusión lo haría siempre actuando en gestión de ajenos intereses lo que privaría a su intervención de la cualificación profesional que siempre retendría la actuación de la agencia, a la vez que se podría sostener que ésta actuaba un interés propio que el estudio jamás tendría.

Pero supuesto que la agencia también concluye los contratos de difusión en interés del anunciante, la diferenciación entre ella y el estudio y la prohibición a éstos de encargarse de la ejecución de los actos de publicidad, determina que no pueden hacerlo ni como comisionistas ni como representantes. Resultado tan arbitrario y chocante con el sistema jurídico general como arbitraria es la diferenciación establecida, e inconsecuente la norma del artículo 33 del Estatuto.

Por lo demás, me parece que, si a pesar de la prohibición implícita en el artículo 14 del Estatuto que se reitera en el 7º del Reglamento del Registro, un estudio contrata con un medio en interés del anunciante la difusión publicitaria se tratará de un válido contrato de difusión. No obstante que en la consideración del medio no deba darle el tratamiento de agencia, en orden a los descuentos y demás ventajas previstas para ellas. Las dificultades ven -

drán del lado de la práctica porque exigiendo los medios unas garantías a las agencias, seguramente se negarán a contratar con el estudio, a no ser que se actúe en representación del anunciante en cuyo caso normalmente se exigirá que se anticipe el pago.

Por otro lado, y por lo que a la agencia respecta, por la misma razón señalada no cabe distinguir entre que actúe en realización de un contrato de publicidad o que actúe simplemente en realización de una comisión. En todo caso para el medio es irrelevante porque frente a él la agencia opera siempre como un comisionista con o sin representación. Ahora bien, sin embargo, tampoco le es tan indiferente la naturaleza de la relación interna entre el anunciante y la agencia. Porque si se trata de un contrato de publicidad, opera la presunción establecida en el artículo 33, que no deberá operar si sólo se tratase de una comisión. La realidad es que esa norma ha borrado toda posible transcendencia para el medio de la calificación del contrato entre anunciante y agencia.

No dice la ley qué tipos de agencias pueden concluir los contratos de difusión. No se duda desde luego de las de servicios plenos ni de las de publicidad ge-

neral.

En la práctica, tampoco puede dudarse de que los concluyen las agencias de distribución a medios por que justamente ésta es su función. Los problemas de fondo no se plantean, ciertamente, en la conclusión de estos negocios. Se plantean, como se vió, en la esfera interna de la relación entre anunciante y agencia. Porque ahora es obvio que el contrato se concluirá en nombre propio y, por lo tanto, las consecuencias se producen directamente entre el medio y la agencia de distribución (cfr. art. 246 C. de c.) sin que a aquél pueda preocuparle por cuenta de quién actúa. Salvo en el terreno puramente económico -pero no jurídico- ya que la intervención de esa agencia supondría para él un mayor sacrificio. Pero esto es algo que no tiene el menor relieve a nuestro objeto.

Lo que parece que está fuera de toda duda es que la publicidad que cursa una agencia de exclusivas al órgano informativo que explota no puede considerarse nunca un contrato de difusión. Al tratar del contenido de éste se volverá indirectamente sobre tan importante cuestión.

En todo caso, importa destacar que cuando es parte en el contrato de difusión una agencia, actúa siem-

pre por cuenta del anunciante. Y puesto que no se señalan reglas específicas tampoco ahora que vengan a desarrollar el artículo 33 del Estatuto, serán de aplicación íntegra las generales contenidas en los artículos 246 y 247 del Código de Comercio, según actúe la agencia en nombre propio o en el del anunciante. Con la sola excepción de que operará la presunción del artículo 33 respecto a la existencia y extensión del poder, en el sentido que ya es conocida.

Nada que no sea lo señalado más arriba hay que indicar con respecto a la capacidad de las partes. Sobre las cuestiones planteadas en torno a las facultades para concluir el contrato de difusión en nombre ajeno o por quien ostenta la representación de las personas jurídicas, me remito a lo ya expuesto en el Capítulo precedente.

### III - NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE DIFUSION

Se ha dicho que este contrato es el que ha merecido una relativa atención por la doctrina y que sobre él ha tenido mayores ocasiones de pronunciarse la jurisprudencia extranjera,

También ahora hay que partir de una atenta observación de la realidad. En último término serán las

cláusulas libremente pactadas las que inducirán a darle el adecuado tratamiento.

Por lo mismo, cuanto aquí se diga no puede tener más valor que el indicativo ni más utilidad que la que derive del posible esclarecimiento de las situaciones.

Ciertamente se advierte la intrínseca conexión que tiene esta materia con la que se examinará más abajo en el epígrafe del contenido del contrato. Porque aquél esclarecimiento tiene que referirse a las prestaciones que las partes se deben.

Naturalmente la cuestión gira en torno a dos relaciones contractuales bien conocidas. El arrendamiento de cosa y el de obra (7). La razón es clara. Según prevalezca la idea de utilización de un bien o la de la obtención de un resultado, el contrato de difusión se adscribirá a una u otra categoría.

Las dos ideas se encuentran recogidas explícitamente en el artículo 43 del Estatuto. Y se reafirman en el 47. Ambas se recogen como derecho frente al medio, a quien se impone una obligación que aparentemente es doble por el empleo de la conjunción copulativa y.

No cabe duda de que la doctrina por lo ge-

neral se inclina por considerar prevalente el resultado publicitario sobre el mero hecho del uso del bien de que se trate. No faltan Autores, sin embargo, que consideran necesario distinguir entre un supuesto en que se contrata la colocación de un cartel sobre una valla de aquél otro que se inserte el anuncio en un periódico. Sin que por lo demás se desprendan de su criterio general de considerarlo de obra, puesto que a él también se reconduce aquél primer supuesto cuando no se haya fijado el emplazamiento o cuando no haya sido determinante o cuando, además, corra a cargo de la parte, que no sea el anunciante, cualquier servicio relativo a la conservación o entretenimiento (8).

Seguramente algunos autores no tendrían reparo en sostener que se tratará en muchas ocasiones de un contrato de arrendamiento de cosa o de obra con prestación subordinada de obra o de servicio, o de cosa respectivamente.

Entre nosotros, la autoridad del Profesor GARRIGUES, ha mantenido en su Tratado que el contrato de "inserción de anuncios" es de carácter mixto. Y eso que expresamente se refiere a los anuncios en prensa y radio (9)



Para algún Autor no es posible reconducir a una única categoría la variedad de contratos de difusión que se presentan en la práctica. Pero reconoce que la opción estará entre la locatio rei y la locatio operis.

No hay que decir que las mismas deducciones se obtienen de la doctrina jurisprudencial de otros países.

La puesta a disposición de un determinado bien y el desarrollo de la actividad productora del resultado son las dos ideas sobre las que gira la realidad, la doctrina, y la ley.

Sin embargo, pienso, que una y otra pueden tener muy diverso valor en la práctica. Y a esta diversa valoración no se opone, desde luego, lo dispuesto en el artículo 43 ni en el 47 del Estatuto.

La referencia que en ambos se contiene a la puesta a disposición de un bien y al desarrollo de la actividad tendente al resultado, me parece que tiene un valor fundamentalmente descriptivo. Porque es muy difícil -o imposible- definir el contrato de difusión haciendo abstracción de una u otra idea. Pero sin que signifique que ambas tengan igual importancia en todos los casos en la consideración del

anunciante.

Como siempre, lo definitivo, me parece partir de qué es lo que éste se propone obtener del contrato. La respuesta no puede ser más que una: la comunicación al público de su mensaje. En teoría, para él, la utilización del bien o soporte no tiene más valor que el instrumental que también aparece en la actividad del medio. Ambas son, en efecto, un mero expediente para la obtención del resultado.

Utilización del soporte y actividad del medio son conceptos en si mismo relativos para el anunciante que se relativizan aún más en función de la forma del acto en concreto, que, como ya sabemos, es algo indisolublemente unido al medio.

Como se verá más abajo, la obligación de desarrollar una actividad productora del resultado tiene necesariamente muy diverso contenido según se trate de soportes preexistentes al acto o creados ex novo para su ejecución, o en general, no preexistentes. También varía según se trate de órganos de información o comunicación social o de otros vehículos diversos.

Del mismo modo, también es relativo cuanto se refiere a la disponibilidad del soporte. Porque entran

entonces una serie de matices determinados por su clase y características. Respecto de la obtención del resultado, es preciso tener en cuenta circunstancias de lugar y tiempo que no tienen sin embargo el mismo sentido cuando se refieren a soportes que son medios de comunicación social y tengan carácter gráfico que cuando aún siéndolo transmitan la información por otros canales de energía.

En mi opinión, por lo tanto, cuando la ley se refiere a la puesta a disposición de un bien o a la obligación que en este punto corresponde al medio, lo hace en términos descriptivos y generales. En el sentido de que el medio se obliga precisamente a poner a la disposición de la otra parte el bien en general que constituye el soporte que él explota. El periódico, la revista, el programa, el teatro, las ondas radiofónicas o de Televisión, los muros o paneles de estadios, las pantallas cinematográficas, los exteriores e interiores de autobuses, ferrocarriles, etc. son ese bien a que la ley se refiere. No en concreto al "espacio" -lato sensu- dentro de ese soporte.

Supuesto que el mensaje es por definición inmaterial, necesita de la incorporación al vehículo para hacerse cognoscible por el público. Esa incorporación no tiene ahora el sentido que se le dá al corpus mechanicum en

el ámbito de las creaciones inmateriales. Ya se habrá producido con la realización del proyecto publicitario. Ahora es un paso más. Se trata de incorporarlo al vehículo difusor entre el público. Es lo mismo que ocurre, por ejemplo, en la creación literaria. Encuentra su expresión formal en el manuscrito o en el original del autor. Pero alguien ha de encargarse de incorporarla al vehículo de difusión.

Puede ocurrir que en esta idea final se separen los dos momentos que son el de edición propiamente dicha y el de distribución. Si se separasen, es obvio que en este último la prestación del distribuidor simplemente se contrae a una mera actividad. Si permanecen juntos, por el contrario, a esta actividad precede otra en directa relación con unos bienes materiales que serán el papel, la tinta y la encuadernación.

Pues bien, lo que quiere significarse en la ley es que en el contrato de difusión permanecen indisolublemente unidos ambos aspectos. Por eso se afirma el valor descriptivo del artículo 43. Porque de esta manera se elimina del concepto de contrato de difusión el que se celebre, por ejemplo, con una agencia especializada -las hay- para la distribución de unos elementos de publicidad directa

que, sin embargo, le proporciona en su última expresión formal el anunciante o la agencia de publicidad.

Se quiere entonces expresar que la prestación del medio en el contrato de difusión no se restringe a una mera actividad divulgadora sino que esa actividad se realiza respecto de un bien físico cuya titularidad ostenta el propio medio y que incorpora el mensaje publicitario.

Y sin en el artículo 43 la referencia al soporte tiene un valor descriptivo, en el artículo 47 -que se refiere al contenido del contrato- se señala como obligación del medio la puesta a disposición del bien porque en efecto la otra parte no quiere sólo que se difunda su mensaje en cualquier forma sino justamente la difusión deviene de la que alcanza al soporte que el medio explota.

Sólo en estos términos amplios y generales se refiere la ley a la utilización del bien físico por el anunciante o la agencia.

Y en este sentido creo que no puede sostenerse siquiera la duda de que se trate de un arrendamiento de cosa. Faltan todos los supuestos para que se dé. Incluso aún en el supuesto más discutible o menos claro de la publicidad exterior, en que el mensaje se fija a un soporte

físico, con contornos y límites espaciales bien definidos.

Porque tampoco en este caso se trata de arrendamiento de ese soporte como cosa. Y no ya porque al arrendador se le impongan unas obligaciones complementarias, que sería discutible que lo fueran puesto que configurado como arrendamiento de cosa podría estimarse que se trata de sus obligaciones inherentes a la de mantener al arrendatario en la pacífica posesión de la misma (cfr. 2º y 3º art. 1554 Cc). No es tal arrendamiento porque la cosa, el soporte, sigue siendo únicamente un instrumento para la obtención del resultado. El pedazo de valla, o el panel para fijar el cartel, son también ahora sólo el "espacio" publicitario dentro del soporte como bien físico general que se utiliza para el transporte de la comunicación.

El hecho de que ese "espacio" disponible dentro del soporte sea limitado, o parezca serlo en comparación con los "espacios" de otros medios, y que goce de menor movilidad por la misma naturaleza de los bienes en uno y otro casos, no tiene importancia al lado de la consideración que merece al anunciante o a la agencia que contratan. Esta es la misma y única en todos los casos.

Por lo tanto, en todos ellos, sin excepción,

a mi juicio, se trata de un contrato sustancialmente de resultado.

Ahora bien, la noción de "espacio" como acotamiento en el lugar y en el tiempo del pedazo de bien o del lapso del mismo de que se dispone, introduce desde luego una variante con la que hay que contar.

El mensaje, por su propia condición, al adoptar una expresión formal se acota en unas determinadas dimensiones de lugar y tiempo. El vehículo de la comunicación ha de estar en condiciones de divulgar el mensaje en esa su expresión formal. Pero como el soporte en sí, la mayoría de las veces, es susceptible de incorporar múltiples mensajes, surge la cuestión del "emplazamiento" de cada uno en los varios lugares o momento en que es posible idealmente.

Y aquí es donde juega la noción del tiempo y lugar en relación con el "espacio" publicitario. Cuyo papel será diverso según la clase de medio. Pero que en definitiva, es algo que pertenece al ámbito de decisión del anunciante y de la agencia. Para resolver sobre ello, se tendrán en cuenta muchos factores, subjetivos y objetivos derivados unos sí y otros no tanto de las técnicas publicitarias, pero

que, en suma, es algo que pertenece a los móviles de la opción de esas personas. Cabe perfectamente que no se tengan en cuenta aquellas circunstancias. Y será lo más común. Hasta el extremo de que los medios lo prevén como normal al exigir en sus condiciones generales unas sobreprimas para el caso de que la contraparte resuelva sobre esa cuestión. Pero cabe también que se tengan en cuenta y se impongan contractualmente.

En este caso, no me parece que pueda hablarse de que ha sufrido alteración la naturaleza del contrato. El anunciante o la agencia continúan esperando lo mismo: el resultado publicitario que el medio promete. Pero, además, por haber estimado que ese mismo resultado era mejor servido en ciertas condiciones, se impone al medio que las acepte que, efectivamente, así sea cumplido.

Sólo por el camino de la prestación subordinada dentro de un marco contractual más amplio, me parece que se llega a conclusiones jurídicamente correctas.

En todos los casos, ya se trate del contrato celebrado con el empresario de una radio, de un periódico, de un estadio, de una sala de proyección, de un transporte, o ya con el empresario de publicidad exterior o que dispone



de una valla o un soporte publicitario, el contrato es siempre de resultado.

Pero en todos ellos, las circunstancias de tiempo y lugar respecto al "espacio" publicitario pueden determinar un "emplazamiento" querido por el anunciante o la agencia que supondrá una prestación subordinada. Ni más ni menos a como ocurre, por ejemplo, en el caso del contrato de transporte con reserva de asiento (10).

#### IV - CONCLUSION DEL CONTRATO DE DIFUSION

Siendo consensual, el contrato de difusión se perfecciona desde que recae el consentimiento sobre las prestaciones que las partes se deben.

Sin embargo, me parecen pertinentes unas consideraciones sobre la cuestión.

Ya se ha dicho que, a pesar de la vacilación que se advierte en el inciso final del artículo 43, la realidad es que el Estatuto reserva la figura contractual que se analiza a los supuestos en que interviene un medio institucional, en el sentido de que dispone de la titularidad de un soporte que explota continua y racionalmente a los fines publicitarios.

Esta idea de explotación racionalizada se

hace evidente en el hecho de tener confeccionadas unas tarifas que recojan las condiciones generales de la contratación además de, como es obvio, la valoración económica de sus "espacios" de publicidad.

Precisamente por eso, la ley exige que esas tarifas existan. Así lo dispone terminantemente el artículo 44 que impone además que uno de sus ejemplares ha de remitirse al Ministerio de Información y Turismo para su inscripción en el Registro General de la Publicidad, según preceptúa el artículo 18 de su Reglamento. Esta remisión y consiguiente inscripción no entraña sin embargo ningún tipo de intervención administrativa en el contenido de las tarifas o de las condiciones generales. Tanto la ley como el Reglamento insisten en reiterar que no tiene más valor que el del conocimiento.

Pero de todas formas impone el deber de que existan las tarifas, al que se extiende la facultad de policía administrativa general, que determina la aplicación del apartado 1 del artículo 3º del Decreto de 17 de noviembre de 1966 sobre disciplina del mercado.

El valor o alcance que tienen tales tarifas y condiciones generales se expresa en el artículo 45 cuya

dicción literal me parece que encierra la doble afirmación de que se aplicarán con carácter general en los contratos de difusión y de que no es posible contratar en condiciones distintas a las que en ellas se prevean. Porque sólo así, en efecto, se obtiene la igualdad de trato que el precepto tiende a conseguir.

El contrato de difusión entra entonces en la categoría de los contratos de serie en los que una parte sólo es libre de decidir sobre el hecho mismo de la contratación pero no sobre su contenido.

En este punto siempre se suscita el problema relativo a la posibilidad de que quien impone sus condiciones generales se rehuse a concluir el contrato. En términos privatísticos creo que la cuestión se reduce a si la existencia y publicidad de las tarifas supone o no un "estado permanente de oferta" (11).

No se plantea siquiera la duda en los supuestos en que el medio explote soportes en régimen de monopolio. Y no es impertinente señalar que la obligación de contratar se impondrá igualmente para las agencias de exclusivas que exploten esos soportes porque a ellas les son aplicables las mismas normas que a los medios (art. 15

segundo párrafo EP).

Ahora bien, en relación con los medios publicitarios se plantea, a mi juicio, una cuestión del máximo interés. No creo que sea comparable en términos absolutos la oferta de "espacios" publicitarios con la oferta en el mercado de cualquier otro bien. Si la publicidad es la manifestación moderna de la más agresiva competencia, no puede olvidarse que se realiza justamente a través de los medios publicitarios. Con lo que el contrato de difusión es instrumento de la competencia de mercado entre los anunciantes. Cerrar el camino a uno de ellos mediante una negativa a concluirlo es privarle de un arma para su competencia.

Por otro lado, cuando se habla de monopolio y situación dominante en el mercado respecto de un medio de publicidad, siempre se piensa, inevitablemente con referencia a si existen o no y cuál es su grado de influencia otros medios de comunicación de naturaleza análoga. El ejemplo más característico sería, sin duda, el de la televisión en España. Pero todo medio de publicidad comporta en sí mismo un cierto grado de monopolio en cuanto que agota "espacios" de la oferta general que se dirigen a su "audiencia". En éste, me parece, el concepto que interesa

de modo primordial.

Qué significado, que no sea el formal y superficial, tiene sostener que la existencia de otros periódicos, por ejemplo, impide hablar de monopolio o de posición dominante de uno de ellos que sea el que cuente, también, por ejemplo, con el 90% de una audiencia general, que reúna además, y se sigue en el ejemplo, la población de poder adquisitivo más elevado?. Es evidente que sobre esa "audiencia" el periódico que estuviera en tales condiciones ejerce un monopolio o se sitúa en una posición de dominio respecto de los demás competidores.

Lo exagerado del ejemplo acaso sea útil para reflexionar sobre la exactitud del argumento. Pienso que si los juristas hemos de ser consecuentes con nuestra propia vocación no hemos de dejar estas cuestiones huérfanas de criterio.

Ahora bien, el Estatuto tiene en cuenta la situación de competencia en que se encuentran las agencias entre sí y los agentes de publicidad y tiende a impedir que esa situación se altere por virtud de la actuación de los medios respecto de ellos. El artículo 51 expresamente prohíbe que estos concierten "condiciones económicas distintas, que im-

pliquen preferencia o trato desigual". Obviamente la ley no se está refiriendo ahora a condiciones que figuren en tarifa como generales de los contratos de difusión respecto a los anunciantes. De ser así el artículo 51 supondría una repetición inútil de lo que se dispone en el artículo 45. Se refiere la ley a los descuentos llamados de agencia y primas a la producción que suelen conceder los medios y que figuran o no en las tarifas. Aunque no figuren -y los rapéles suelen permanecer ocultos-, el medio debe dar a cualquier agencia o a cualquier agente el mismo trato que a los demás de su categoría.

Con el artículo 45 y el artículo 51 se protege evidentemente el interés de anunciantes, agencias y agentes a que por las condiciones impuestas por el medio en los contratos de difusión no se altere su propia situación de competencia. De todas formas, ha de señalarse que el artículo 51 sólo se refiere a condiciones económicas, mientras que el artículo 45, más ampliamente, recoge también cualquier otro posible "beneficio" que no tiene porqué ser efectivamente de contenido económico. La razón está en que el primero de los preceptos citados contempla sólo lo relativo a las ventajas que los medios otorgan a las agen

cias y agentes, en cuanto tales, que son siempre económicas.

Ahora bien, en ningún precepto se recoge el principio de la igualdad de trato antes de concluir el contrato de difusión y precisamente para concluirlo. Partiendo, sin embargo, de las dos ideas centrales de que esa contratación es instrumento para el ejercicio de la competencia entre los anunciantes y de que todo medio supone por definición una cierta posición dominante en el mercado respecto del servicio que ofrece de vehículo de comunicación con su "audiencia", no encuentro obstáculo para intentar una solución constructiva con fundamento en lo que se dispone en la ley de 20 de julio de 1963 sobre Represión de prácticas restrictivas de la competencia.

Según el apartado a) del número 2 del artículo 2º de esta Ley pienso que no es necesaria violencia alguna para considerar que en él pueden incluirse todos y cada uno de los medios publicitarios. Porque insisto en sostener que el "servicio" que prestan no es el de transmitir cualquier comunicación de publicidad indiscriminadamente sino el de transmitirla a su propia audiencia. Si fuera lo primero, resultaría en verdad aplicable el precepto sólo al ca-

so en que no existiese otro canal comunicativo del mismo género o existiendo no supusiera una "competencia sustancial". Pero esto pugna con los principios de la propia técnica publicitaria tan celosamente sostenidos por quienes la aplican y que ha sido reconocida por el mismo Estatuto. Cómo se explicaría entonces que se pudiera sostener que cabe un estudio o análisis sobre los medios para determinar los más idóneos a la acción publicitaria no ya sólo genéricamente como canal de comunicación sino de modo específico como tan canal y sólo ése?. Cómo podría argumentarse con seriedad que las decisiones en este orden de cosas se adoptan atendidas una serie de circunstancias socio-económicas?. No pueden cerrarse las interrogaciones si no es porque se considere que el "servicio" del medio es canalizar la comunicación a su "audiencia". Y respecto de ese servicio, todo medio se encuentra en una posición de dominio respecto de los demás.

Determinado este punto, me parece que la solución que se intenta no puede venir por el cauce del apartado e) del artículo 3º de la Ley de 20 de julio de 1963 porque su texto se refiere también al contenido del contrato, y no sin violencia creo que pueda extenderse al hecho mismo de



la decisión de contratar. El fundamento puede encontrarse en cambio en la cláusula general del número 1 del artículo 2º de la Ley. Con lo que la práctica que debe considerarse prohibida es el rehusé del medio a concluir el contrato de difusión siempre que lesione "injustificadamente" los intereses de sus consumidores que son los anunciantes, que ostentan el legítimo interés a que por virtud de la actuación del medio no se altere su situación competitiva. La consecuencia es, por otro lado, que el medio podrá rehusar concluir el contrato de difusión siempre que exista una justa causa.

La determinación de esta justa causa sólo puede venir por el doble camino de la ley y de los usos. Existe, ciertamente, una causa suficiente en virtud de lo que dispone el párrafo primero del artículo 26 del Estatuto que reconoce, además, en su párrafo segundo, expresamente que el medio podrá también "rechazar" la publicidad "que pueda motivar una reacción desfavorable de su público".

Acaso pueda sostenerse que este segundo párrafo del artículo 26, a sensu contrario, y teniendo en cuenta que incluso condiciona el ejercicio de la facultad del medio a que "no signifique un trato discriminatorio", es ba-

se suficiente para afirmar la obligación del medio a concluir el contrato de difusión salvo causa justificada. Pienso, sin embargo, que no es así. Porque el artículo 26 se refiere al deber y a la facultad de rechazar la "publicidad", esto es, el mensaje reproducible en el soporte. Pero el medio puede llegar a conocerlo en su expresión formal definitiva como consecuencia del cumplimiento del contrato de difusión ya perfecto. Y en la mayoría de los casos así sucede. El artículo 26 se refiere, por lo que respecta al medio, al "material necesario para la difusión publicitaria" que se recoge en el artículo 48.

Pero el artículo 26 en cambio sí es fundamento suficiente para reconocer dos cosas. Primero, que el medio no debe difundir un mensaje en contradicción con los principios de la publicidad y que puede negarse en ciertos casos a difundirlo. Segundo, que es preocupación de la ley que la actuación del medio no suponga un trato discriminatorio para los anunciantes. Por virtud de lo primero, el medio no sólo puede sino que debe rehusarse a contratar cuando conozca que el contrato tiene como fin una divulgación ilícita. Luego en ese caso existe una justa causa para la negativa que no será por lo tanto "injustificadamente lesi-

va" para los intereses del anunciante. También existe una justa causa cuando se den las circunstancias en que al medio se le reconoce el ejercicio de la facultad de negarse. Tales reservas sólo pueden venir fundadas en la presumible repulsa de la "audiencia", y deducirse, en mi opinión, de lo que usualmente se entiende que producirá tal repulsa. Esto es algo no ya sólo admisible sino loable. Naturalmente que la norma está pensada para los medios de comunicación social, sin perjuicio de que pueda extenderse a todos los demás. Pero siempre con un muy distinto alcance y significado. En aquéllos, el medio encuentra su audiencia por virtud de un hacer propio, independiente de la misma publicidad, con base en afinidades ideológicas o de pasatiempo y seguramente de ambos órdenes. Esa vinculación, difícil de definir, que podría denominarse clientela ideológica o de opinión, supone para el medio lo mismo que para el empresario mercantil o industrial se denomina "imagen en el mercado". Nadie puede intervenir justificadamente en la esfera de decisión sobre el hacer que determina tal "imagen". Sólo compete al propio medio. Y en este sentido, es perfectamente justo que el medio pueda negarse a concluir un contrato de difusión que estima perturbador o contrario a su hacer

como medio de comunicación social (12). Ciertamente que lo mismo cabe decir de otros medios de distinto género pero en esos casos las razones ya estarán en otro orden de cosas, seguramente mucho más utilitario. Cuando un medio de publicidad exterior, por caso, imponga unas determinadas condiciones a la publicidad estará impelida a hacerlo para conservar su "imagen" ahora sí justamente comercial entre los propios anunciantes que juzgarán de esas cuestiones tan sutiles pero tan reales como son el prestigio publicitario de ese medio y otras similares. Pero se advierte cómo no juega ahora -no puede jugar- la idea de subordinación de la publicidad a la función informativa del medio de comunicación social.

Ahora bien, determinar cuándo se considera que el contrato de difusión recae en las reservas o circunstancias que al medio compete definir sólo puede hacerse con referencia a una práctica que se reconozca usualmente justificada en relación al medio en concreto o con referencia a unos standards que éste tenga establecidos y que generalmente contendrán necesariamente formulaciones generales sobre todo tratándose de medios de comunicación.

Esa determinación me parece imprescindible

porque lo que la reserva no puede entrañar nunca es un arbitrio tal que permita un principio discriminatorio. Y en este punto es de resaltar que, también a tenor del artículo 26 in fine, se reserva al Jurado de la Publicidad una última decisión o interpretación de los standars o del carácter usual de la práctica del medio en concreto.

Pero, además, se ha dicho que el artículo 26 reconoce expresamente que la actuación del medio no debe implicar un trato desigual. Y esto me parece fundamental como principio informador. Puesto que si el medio no debe discriminar en orden a admitir o rechazar el material publicitario, debe inducirse que menos podrá hacerlo en orden a la misma conclusión del contrato. Inspirada la ley en este principio rector, pero no desarrollado en cambio ni en su alcance ni en el mecanismo de su aplicación, creo que es necesario proveer a encontrar el instrumento jurídico adecuado y me parece que en este sentido es correcto sostener que éste se encuentra, como se ha señalado, en la cláusula general del artículo 2º de la Ley de Represión de Prácticas restrictivas de la competencia de 20 de julio de 1963. Sin perjuicio, claro es, de que el mecanismo haya de ser aplicado con la ponderación exigible y por sus cau-

ces propios.

Independientemente de que la negativa injustificada del medio a contratar pueda consistir -y será lo más frecuente si es que se sigue una aplicación del Derecho sociológica creadora- en una práctica prohibida y como tal sancionable, siempre resultará de aplicación lo previsto en el número 8 del artículo 2º del Decreto de 17 de noviembre de 1966 sobre Disciplina del mercado.

Al mismo resultado de principio puede llegarse, en mi opinión, a través de la cláusula de sumisión a las buenas costumbres que alcanza el medio porque según el artículo 7º del Estatuto en relación con el 6º se aplica a "toda" actividad publicitaria (13).

Decir que el contrato de difusión es consensual entraña la afirmación de que en su perfección las partes no están obligadas a guardar formalidad alguna. Por su puesto el contrato puede ser verbal y así se desprende sin género de dudas de lo dispuesto en el artículo 23 del Estatuto.

Sin embargo, ello no quiere decir que no exista ninguna documentación relativa al contrato. Lo usual, es, en efecto, que las agencias envíen al medio el material

reproducible amparado en lo que se llama una "orden de publicidad" y que no es sino el documento en que se especifican las circunstancias de la inserción: "espacio", emplazamiento y fecha, y, eventualmente, el número de veces que deba insertarse. El término "orden" de profundo arraigo en el lenguaje negocial, se ha recogido incluso en la ley, en el artículo 46 (14).

Pero esta "orden" ni viene exigida en el Estatuto como requisito del contrato ni, por lo tanto, es documento relativo a su perfección. Ocurre ahora lo mismo que se vió en relación al contrato de publicidad. Por la propia naturaleza de la misma la contratación que a ella se refiere descubre unas peculiaridades atinentes a que siempre se exige una pieza o un proyecto en la fase de ejecución o cumplimiento del contrato. En este caso, se trata de la "pieza" en que consiste el mensaje apto para su reproducción.

Pero el contrato de difusión, no se concluye teniendo en cuenta esa "pieza" sino que el consentimiento recae sobre las prestaciones que las partes se deben y que son: transmitir un mensaje publicitario a la "audiencia" en unas circunstancias de forma, lugar y tiempo, y pagar un precio. Es para la ejecución de ese contrato perfecto para

lo que es preciso contar con el mensaje en una pieza reproducible que el anunciante o la agencia "deben" proporcionar al medio y éste incorporar al soporte (cfr. art. 47 y 48 EP). Lo cual, evidentemente, no quiere decir que no se pueda hacer coincidir la perfección del contrato de difusión con la entrega material de la "pieza" publicitaria. Ciertamente que es posible, pero dogmáticamente irrelevante en principio.

Por lo mismo, la orden de publicidad no es forma del contrato sino que documenta algunos aspectos relativos a su cumplimiento. La cuestión es importante por varias razones:

a) Partiendo de la imposibilidad de la negativa del medio a contratar, su obligación surge desde que la agencia o el anunciante le comunican la voluntad de ejecutar unos actos publicitarios. Supuesto, naturalmente, la disponibilidad de "espacio"; en caso contrario, deberá comunicarse así inmediatamente.

Por lo tanto, lo que en términos negociales se conoce como "reserva" de los "espacios" en el medio es ya la conclusión del contrato de difusión. Salvo que, efectivamente, se haya realizado como petición de un favor o formu-



lación de un desen en cuyo caso no se habrá celebrado contrato alguno ni de difusión ni tampoco preparatorio del mismo. Si no ha surgido la obligación para el anunciante tampoco surgirá para el medio, sin perjuicio de que éste pueda complacerle en lo solicitado. Considerar otra cosa llevaría al imposible jurídico de dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes.

b) Normalmente, el contrato de difusión se pactará por un tiempo determinado. Factor éste que tienen diversos significados en la práctica. Atendida la naturaleza misma del acto de publicidad proyectado se habrá adecuado a la del medio a cuyo través vá a ejecutarse. Así el tiempo juega un diverso papel en atención a la naturaleza del acto que es interdependiente de la del medio. Puede tratarse de un solo acto continuado o puede tratarse de varios actos instantáneos. o puede tratarse, por último, de un solo acto instantáneo.

La instantaneidad es lo típico de los mensajes que se insertan en medios de comunicación social. Un periódico, un programa de radio, es algo que todos los días nace y muere todos los días. La inserción en ellos de un mensaje tiene su vida ligada a la del medio. Cada inser-

ción es un acto de publicidad independiente.

Que sea lo típico no quiere decir, sin embargo, que sea algo exclusivo de los mensajes en los medios de comunicación social. Un acto de publicidad que se ejecute por un soporte de la llamada exterior, por ejemplo, puede ser también instantáneo, así cuando se prevé para un acontecimiento concreto una gran concentración de público en un punto geográfico determinado.

En suma, lo que importa señalar es que el factor tiempo se determina por dos caminos. Bien directamente por señalar una vigencia al contrato, o por señalar una fecha a un acto instantáneo, bien indirectamente por señalar un número de actos de esta naturaleza. Y aun en este caso, todavía cabe distinguir entre que se impongan unas fechas concretas de ejecución, que no se impongan pero se señale una fecha inicial y otra final para la ejecución de todos o que no se aluda a fecha alguna con lo que se entiende que queda al arbitrio del medio, que es, seguramente, lo que señalarán sus condiciones generales de contratación.

Pero todavía cabe otra dimensión distinta del factor tiempo. Porque existen medios en los que el

"espacio" publicitario no puede medirse sino en unidades de tiempo y no de superficie. Se advierte, sin embargo, que en este caso de lo que se trata no es ya del tiempo de ejecución del acto sino de la adaptación del mensaje al "espacio publicitario" general de que dispone el medio. Es una cuestión de forma de la inserción del mensaje en el soporte. Así se hablará de un cartel de tales dimensiones, de un anuncio de una página o tantos milímetros, de un anuncio de tantos metros que se traducen en tales segundos, o de un anuncio de tantos segundos.

Puesto que algunos medios realizan su función de comunicación con su audiencia de modo sólo mensurable en unidades de tiempo, éste factor aparece en relación a ellos con un nuevo y distinto significado, relativo al momento en que el mensaje se comunica. Pero también se advierte que ésta es una cuestión que con un término amplio puede denominarse de "emplazamiento". Que aparece como circunstancia de la inserción en toda clase de medios. Y que supone la situación o localización del mensaje dentro del espacio publicitario total.

Naturalmente que todas estas circunstancias de tiempo en sentido estricto, forma y "emplazamiento" han

de haberse determinado en el momento de la conclusión del contrato puesto que sólo con ello se habrán determinado las prestaciones de las partes que es requisito esencial para que el contrato exista (art. 1272 C.c.).

c) Ciertamente que habiendo recaído el consentimiento sobre las prestaciones determinadas, según se acaba de ver en los epígrafes sub a) y b) precedentes, el contrato se ha perfeccionado y su cumplimiento se ha hecho obligatorio, salvo el caso de que la prestación en sí misma resulte imposible como lo sería, por ejemplo, el caso de que se hubiera solicitado de televisión hoy en España un espacio en color.

Lo que importa ahora señalar, en relación con lo que se ha sostenido de que la "orden publicitaria" no es requisito de la perfección del contrato de difusión, es que el mensaje en sí o la pieza reproducible que lo incorpora no está presente en el momento de esa perfección. También ahora como ocurre en el contrato de publicidad, el mensaje sólo juega en el momento de la ejecución del contrato.

Que sea lícita o ilícita la difusión es algo muy distinto a que esa calificación alcance a la validez del contrato mismo. Sólo en el caso de que el mensaje se haya hecho evidente en el momento de concluirlo y el medio no haya rehusado

podrá hablarse de que existe una ilicitud que invalida el contrato. En los demás casos, se tratará de un supuesto de responsabilidad del medio frente a terceros que se depurará por la vía que corresponda. Sobre este punto me remito a lo que más abajo se dice.

Cuando el medio recibe la orden de publicidad recibe la confirmación del contrato ya perfecto y la especificación del mensaje. Es entonces cuando resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 26 del Estatuto que impone al medio el deber de rechazar ese mensaje si es que por su contenido o por su expresión formal se opone a lo que el Estatuto preceptúa, a lo dispuesto en las leyes o estime que de su divulgación "pueda resultar daño o perjuicio para tercero". Y por otro lado, podrá rechazarlo ejercitando la facultad que le reconoce el segundo párrafo del mismo artículo 26.

Se vé con claridad que si no cumple el deber de rechazar el mensaje surge para el medio una responsabilidad. Pero no veo el modo como pueda sostenerse que una divulgación ilícita de un mensaje que el medio no conocía y sobre la que no recayó el consentimiento suponga la nulidad del contrato por la ilicitud del objeto. Aparte de que dogmáticamente me parece insostenible, pienso que la construc-

ción dogmática debe realizarse para obtener la mejor tutela de los intereses en juego. Y pienso, además, que no supone la menor violencia del ordenamiento positivo, atendidos el concepto de contrato de difusión, su contenido e incluso lo dispuesto en el Código civil sobre el objeto de los contratos.

El servicio de divulgar un mensaje publicitario en unas circunstancias de forma en general, tiempo y emplazamiento es un servicio lícito en sí mismo. Lo que será ilícito es divulgar tal mensaje en concreto. Que éste así determinado no está en la obligación me parece obvio, puesto que si no el contrato sólo se perfeccionaría cuando el medio lo conociera. Y esto ni se dice en la ley, sino al contrario (cfr. art. 43 EP); ni sucede en la realidad.

Sostener la nulidad del contrato de difusión por virtud de la ilicitud del objeto supondría la aplicación de los artículos 1305 y 1306 del Código Civil. De la que puede afirmarse que se seguiría una injusticia para el medio puesto que, aunque ilícitamente, el anunciante habría obtenido un resultado publicitario, que además por la misma naturaleza de la publicidad, desafortunadamente, con seguridad, tendría un mayor alcance o resonancia.

Pretender fundamentar en el artículo 26 del

Estatuto algo distinto a la responsabilidad del medio frente a terceros creo que es tarea inútil. Porque aparte de que de su letra nada se deduce en contrario, se llegaría a resultados tan injustos como que cualquier perjuicio para tercero que se derivara de la difusión supusiera una ilicitud del objeto del contrato con las consecuencias generales del Código civil. Y si no parecen equitativos cuando la divulgación contravenga las leyes, menos pueden parecerlo en este caso. Sobre ello habrá de volverse al tratar de la responsabilidad del medio.

En suma, puede concluirse que la "orden de publicidad" que el anunciante o la agencia envía al medio se refiere a la ejecución del contrato de difusión y responde a la realidad de que, siendo usualmente divisible la prestación del medio, la "orden" recoge los aspectos parciales de la misma.

Finalmente y aunque no sea éste el lugar adecuado, como no lo es en el contexto legal, hay que referirse a lo que se dispone en el artículo 52 del Estatuto que nos es conocido en cuanto que completa la general prohibición de que entre medios y agencias existan vínculos que oscurezcan las relaciones publicitarias o que condicionen o li-

miten la actividad fundamental de aquellos. Sólo en un punto podría estar justificado que la ley trajera ahora a colación una norma como la del artículo 52. Porque, en efecto, el contrato de difusión puede ser asiento a ~~de~~ acuerdo a recoger pactos o cláusulas condicionantes o limitativos de la "independencia comercial e informativa" de los medios. Tales serían por ejemplo, las que impidieran el ejercicio de la crítica o las que impusieran la ocultación de cualquier información perjudicial a los intereses del anunciante, o las que exigieran que el medio no aceptara publicidad de los competidores de aquél. Pero es muy dudoso que el artículo 52 se refiera en general a todos esos posibles pactos. Porque expresamente contempla los que lleguen a tales resultados como consecuencia de haberse producido "el establecimiento de unos intereses económicos comunes entre el medio y la agencia". Y de no considerar que esos intereses económicos comunes residen en el contrato mismo, no acierto como puede incluirse cualquier cláusula en la sanción de nulidad insubsanable que declara el artículo 52. Creo, sin embargo, que el contrato es suficiente vínculo de contenido económico como para que su conclusión misma no pueda condicionarse a compromisos del medio que restrinjan su libertad de decisión.



De todas formas, acaso hubiera sido mejor que el artículo 52 resultara más claro.

## V - CONTENIDO DEL CONTRATO DE DIFUSION

### A) Prestación del medio

La obligación del medio se resume en la divulgación del mensaje publicitario, por la manifestación al público del soporte que lo incorpora.

El artículo 47 del Estatuto dispone que "el medio queda obligado a realizar la publicidad en los términos pactados, poniendo a disposición del cliente un espacio o un tiempo y ejecutando la exhibición, publicación, transmisión o proyección".

Los cuatro últimos términos del precepto recogen la idea de manifestación al público que, efectivamente, se realiza exhibiendo, publicando, transmitiendo o proyectando, pero, sin embargo, me parece más útil aquel término en cuanto que expresa mejor en realidad cuál es la obligación del medio. Porque en la enunciación legal parece como si se refirieran los conceptos al mensaje mismo. Cuando, en mi opinión, lo que debe difundirse no es éste directamente sino el soporte que lo incorpora.

No cumple el medio su obligación simplemente exhibiendo el mensaje en una valla o en un panel que ha sido ocultado al público. Tampoco si la publicación no se ha realizado en un órgano con contenido informativo propio, lo mismo ocurre si simplemente se transmite o se proyecta el mensaje con independencia del alcance de la transmisión o proyección.

Y es que no puede hablarse de medio publicitario ni, por lo tanto, de contrato de difusión sin hacer referencia al cardinal concepto de la "audiencia". Que no es sino el alcance o grado de penetración que el soporte tiene por sí mismo entre el público en general.

Como ocurre en todo lo relacionado con la publicidad, no pueden dejarse de lado una serie de nociones que no son nada fáciles de expresar rotundamente pero que tienen tanto consistencia como las que son susceptibles de una definición dogmática. Son cuestiones todas relativas a dimensiones psicológicas y de comportamiento. Entre ellas está la de la "audiencia".

Concepto éste que influye a nuestro objeto desde un doble punto de vista que, en realidad, son dos aspectos de una sola cuestión.

En una dimensión, que pudiera llamarse cualitativa, todo soporte publicitario tiene una vocación a la comunicación. El anunciante intenta aprovecharla para divulgar sus mensajes. En este sentido, puede decirse gráficamente que la comunicación publicitaria es parásita de una más profunda y amplia comunicación social. El medio es tal en un contrato de difusión porque es en sí mismo un vehículo comunicativo con su "audiencia".

Y esto es así aún en los supuestos en que se trate de medios no preexistentes al acto de publicidad sino creados ex novo. Si estos se aprovechan como soportes a través de un contrato de difusión es porque conquistarán o se cree que conquistarán una audiencia. Tal es el caso, por ejemplo, de la edición de números extraordinarios de la prensa periódica consagrados por lo general a temas monográficos. Por cierto que los ejemplos pueden multiplicarse y acaso convenga para desterrar la idea de que la publicidad se refiere siempre a medios informativos. Lo que se ha dicho vale exactamente igual, me parece, para el caso de una competición deportiva singular que exige recursos publicitarios que se obtienen poniendo a disposición de los anunciantes ciertos soportes vinculados a la competición. Los posibles contratos

de difusión presuponen que tales soportes tienen su "audiencia" propia por virtud de la expectación que despierta en sí misma la competición de que se trate.

Es a la audiencia propia del medio a la que quiere llegar con sus mensajes el anunciante. Por lo que ese propósito sólo se verá cumplido en la medida en que el soporte que los incorpora llegue en efecto a la audiencia que le es propia.

Sólo llegará por dos caminos que están en función del carácter del medio. Cuando éste implique una cierta actitud voluntaria de los destinatarios, la vía será la del servicio que estos esperan recibir del medio. Cuando, por el contrario, su actitud sea pasiva frente a la incitación que se ejerce, el camino sólo puede estar en función de la movilidad y localización del soporte mismo.

Un órgano informativo llega a su "audiencia" y le comunica el mensaje publicitario cuando sirve a su intrínseca finalidad que es la que aquella espera por virtud de razones ideológicas, de esparcimiento o de otro orden. En definitiva, cuando el soporte se manifiesta como tal órgano informativo.

Otro cualquiera de los medios muestran su vo

cación comunicativa en su misma situación física que determina una audiencia en razón del tránsito o la concentración de público en torno a él.

En todo caso, por consiguiente, el anunciante utiliza la comunicación que el medio tiene establecida con su "audiencia".

Desde un punto de vista cuantitativo, esta comporta un círculo más o menos amplio de destinatarios. En la determinación de sus límites habrán de tenerse en cuenta, en mayor o menor medida, pero necesariamente, los cálculos basados en las leyes de la probabilidad estadística. El recurso a las cuales estará en relación inversa al carácter activo del comportamiento de la audiencia respecto del medio. Evidentemente, el alcance de la audiencia de un panel publicitario en una vía pública sólo puede llegar a determinarse por medio de los cálculos de la probabilidad.

Pues bien, estas consideraciones han parecido imprescindibles para centrar la obligación que asume el medio en el contrato de difusión.

Esta no se contrae a difundir el mensaje sino a comunicarlo a su audiencia. Por lo que si se trata de un periódico tendrá que incorporarlo o insertarlo en un ejem

plar con un contenido informativo propio, que es lo que le hace tal periódico. Si de una emisora de radio, habrá de insertarse el mensaje en una programación que cumpla una propia finalidad independiente de la publicitaria. Lo mismo si se trata de una emisora de televisión. No basta tampoco con proyectar el mensaje en una sala cinematográfica si es que en ella no se produce el espectáculo que atrae a los espectadores. Y otro tanto ocurre en los supuestos de publicidad en estadios, plazas de toros, hipódromos, etc. etc. La inserción de anuncios en los vehículos de compañías de transporte supone que esos vehículos circulen y que lo hagan por trayectos que determinaron la medición de la audiencia. Que es lo que también resulta exigible para los casos en general de la llamada publicidad exterior. No es, en este caso, la obligación colocar un cartel, es colocarlo de modo que llegue a la audiencia prevista según los cálculos de la probabilidad.

Los términos descriptivos que el artículo 47 del Estatuto emplea se pueden integrar diciendo que el medio debe ejecutar la "exhibición" del panel publicitario; la "publicación" del periódico o la revista o cualquier otro; la "transmisión" de una programación de base, y la "proyección" de

una película.

Sólo así, me parece que tiene sentido además la referencia que en el propio artículo 47 se contrae a que el medio debe poner a disposición del cliente su espacio o su tiempo. En efecto, es necesario decirlo porque es incorporado a la "exhibición", "publicación", "transmisión" y "proyección", en el sentido indicado, como debe exhibirse, publicarse, transmitirse o proyectarse el mensaje mismo. Por lo que es preciso abrir en aquélla un lugar o un período.

De esta manera demás se observa que pierde transcendencia lo relativo a esta puesta a disposición de un bien. No es que se desdoble la prestación del medio en dos obligaciones. Lo que sucede es que no puede cumplirla si no es a través de la renuncia a la utilización de un "espacio o un tiempo" propio para utilizarlo justamente en la comunicación del mensaje publicitario.

Este es el resultado al que se refiere, como se vió, el artículo 43 del Estatuto, y al que se llega por medio de la "actividad" que el mismo precepto recoge y que ha de interpretarse en el sentido que aquí se ha indicado.

Esta es la razón por la que el artículo 28 instrumenta el ejercicio de la facultad de control que se reco

noce al anunciante a través de una efectiva vigilancia sobre la difusión del medio, mediante las Asociaciones de justificación de esa difusión que fundamentalmente se conciben para la prensa. Y que han sido objeto de la Orden de 20 de Enero de 1966 (15).

Pero, a mi juicio, el artículo 47 en su iniciación, tan elocuente como importante, deja también muy claro el sentido de la prestación del medio y la irrelevancia de la puesta a disposición del bien como configuradora de la naturaleza del contrato y, por último, que siendo lo fundamental el resultado que se espera no por ello han de dejar de considerarse los pactos que se hayan convenido.

En suma, creo que el artículo 47 es suficiente fundamento para afirmar lo que se ha sostenido en el epígrafe relativo a la naturaleza del contrato.

Si la puesta a disposición del bien no es más que algo descriptivo de la obligación fundamental del medio, cabe sin embargo que ésta se encuentre precisada, en las cláusulas contractuales de modo que determinen unas nuevas obligaciones.

"El medio comienza diciendo el artículo 47- queda obligado a realizar la publicidad en los términos pac-



tados".

En todo contrato de difusión, la obligación del medio es la de comunicar el mensaje a su audiencia. Pero tal obligación ha de cumplirse además según los términos del contrato. Estos no pueden referirse más que a las circunstancias de forma, lugar y tiempo de la comunicación misma.

La de forma no ofrece muchas dificultades. Es sabido que el mensaje adopta necesariamente una expresión formal. Ahora cabe descubrir en ella una doble dimensión. Lo que es la expresión formal de la argumentación publicitaria, y la que se refiere a la extensión de la misma, o, si se quiere, a la dimensión de la pieza reproducible que la incorpora, esto es, el "espacio".

Pues bien, es obvio por lo que se refiere a la expresión formal del mensaje o de la argumentación, que el medio no puede alterarlo, modificarlo. El medio podrá rechazar el mensaje. Pero no podrá insertarlo mutilado o alterado. Sobre él, el medio no tiene derecho alguno. No existe, pues, causa que pueda justificar una manipulación del mensaje por parte del medio.(16).

Respecto de la dimensión o "espacio", lo normal es que el medio en sus condiciones generales de contra-

tación tenga previstas unas extensiones normalizadas que le permitan la explotación publicitaria racional dentro de su general actividad. Por lo tanto, a tales condiciones habrán de ajustarse los "espacios". Al no estar previstas, es evidente que estos deberán aceptarse por el medio sean cuales sean sus dimensiones, en los términos pactados en el contrato.

Las circunstancias de lugar destacan su indudable importancia. Como es sabido no se trata ahora de diferencias según los medios. Porque no se trata del lugar referido a la localización del soporte en sí, cosa que, en principio, no juega papel alguno con referencia a ninguno de los medios. Inversamente, para todos, sin excepción, pueden preverse en el contrato circunstancias relativas al "emplazamiento" del mensaje dentro del conjunto del "espacio" publicitario del soporte. Esas previsiones también deben ser cumplidas como pactos contractuales que son.

Si el "emplazamiento" no se ha determinado, el medio está en libertad de situar el mensaje donde le convenga dentro del soporte. Y esto sucede en todos los casos, ya se trata de órganos informativos o, para resumir, del otro gran sector de medios de publicidad exterior. (17)

Que la inserción, en estos casos, agote tod

el "espacio" disponible en una unidad concreta del soporte -es el caso del cartel pegado a un panel publicitario o a una valla o a un muro- no altera en nada la verdad del razonamiento.

Pero es muy posible que el anunciante - o su agencia - estime que el resultado publicitario se obtendrá más ventajosamente si el mensaje se "emplaza" en un lugar concreto o en un tiempo determinado. También es normal que estos supuestos se prevean en las condiciones generales de contratación. Pues bien, cuando esto suceda, el medio deberá cumplir su obligación de procurar el resultado de la comunicación pero emplazando exactamente el mensaje en el lugar o el tiempo fijado. Y, como se advierte, esto sucede también de análoga manera en los dos casos que se señalaban antes. Sin que en el supuesto de tratarse de publicidad exterior tampoco añada nada a la calificación en sí de la obligación por el hecho de que la inserción del mensaje agote físicamente todo el "espacio" de la unidad de un soporte. También agota ese "total espacio" el mensaje que ha de insertarse obligatoriamente en la página tal del diario, en su columna central o en cabecera o salida. Como lo agota la exigencia de difundir el mensaje a tal hora fija o en la cabecera o en la salida de cuál programa. En todos los casos, el "espacio" queda absorbido por entero exacta -

mente en igual forma que agota el cartel el espacio de la valla, el muro o el panel.

En todos estos casos, sin alterarse la naturaleza del contrato de difusión es obvio, sin embargo, que existe una prestación subordinada, junto a la fundamental que tiene de procurar el resultado. Y me parece violento admitir que pueda decirse que esa prestación subordinada es de arrendamiento de cosa, a no ser que se admita no ya sólo un amplísimo concepto de posesión sino además que resultan inaplicables la mayoría de las prescripciones legales que a esa figura alcanzan. Del uso de la cosa el anunciante no se aprovecha sino en cuanto estima que ello le asegura mejor el resultado. Creo que se puede decir que existe una prestación subordinada de emplazamiento dentro de un contrato de difusión publicitaria. Cuando al hablar de la naturaleza del contrato se ha aludido al ejemplo del de transporte con reserva de asiento, no se hace con otro sentido que el de ilustrar cómo juega la prestación subordinada dentro de un contrato de resultado. Pero no porque se considere que es equiparable la reserva del asiento con el emplazamiento del anuncio en el medio. En aquél supuesto el asiento se quiere por sí mismo, por la satisfacción que su uso procura al viajero. En este caso, el emplazamiento

se desea en función del resultado mismo.

Análogas son las consideraciones generales que caben hacer respecto a la previsión en el contrato de circunstancias de tiempo. Sin embargo, el tema ofrece unas perspectivas nuevas. No puede hablarse de la cuestión si no es ensanchando el horizonte del juego del tiempo en la vigencia del contrato.

Como se ha señalado oportunamente, el contrato de difusión suele dar lugar a una relación de tracto sucesivo en cuanto que el proyecto publicitario que a su través se ejecuta suele prever la realización de actos diversos de publicidad. Lo mismo ocurre cuando se trata de medios de medios que permiten la ejecución de un acto continuado.

Aquí importa ahora señalar que a pesar de que al habiar de emplazamiento por razón del lugar referido a algunos medios no ha habido otro remedio que tomar ese concepto por el tiempo -emisoras de radio, televisión-, el tiempo tiene para estos mismos medios y para los demás un significado diferente. Ahora importa el tiempo en cuanto fecha de la inserción.

Y en este sentido cabe distinguir todavía entre fechas de duración del contrato y fechas de ejecución de

cada uno de los actos de publicidad. En cuanto a lo primero, la fecha es referible a cualquier contrato de difusión. Pero respecto a lo segundo, sólo cabe referirla a ciertos supuestos de contrato.

En efecto, ya se trate de un contrato con un medio de comunicación social, ya de uno con medios de otro orden, cabe que se prevea la fecha de iniciación del contrato y la fecha de su terminación. Si en aquél caso están previstos varios actos de publicidad sin determinar fecha de ejecución, se entenderá que deben realizarse durante la vigencia del contrato. Si se trata de otros medios, esta vigencia determinará la duración del único acto de publicidad continuado. Hay que reconocer, sin embargo, que cuando se trata de medios de comunicación, en la práctica no suelen establecerse unas fechas de vigencia del contrato. Entre otras cosas porque suele operarse bajo la fórmula de reservar "espacios" que se irán confirmando posteriormente mediante el envío de la llamada "orden de publicidad". Aunque también es cierto que nada se opone a lo que ha quedado expuesto y que la multiplicidad de formas que puede adoptar la publicidad determinará otras tantas variantes posibles en la contratación. Sobre todo la vigencia del contrato en la práctica, suele de-

terminarse en los contratos con revistas, con emisoras de radio, con televisión y con salas cinematográficas. En realidad queda sólo fuera, por su propia dinámica, la contratación con periódicos diarios.

Estos, por lo demás, suelen establecer también en sus condiciones generales de contratación ciertas reservas sobre la determinación de fechas o un sobreprecio a las "órdenes" que las impongan. La razón me parece que está en que un diario vive siempre a resultas del volumen de original informativo, sin contar con que por lo común los grandes diarios suelen tener un exceso de original publicitario.

En todo caso es evidente que un contrato de difusión que prevea unos pactos relativos a fechas determinadas de inserción debe cumplirse "en los términos pactados", como exige el artículo 47 del Estatuto. Sin que ello deje de plantear problemas en orden al incumplimiento cuando ha dejado de realizarse en la fecha prevista un acto de publicidad solamente o alguno de entre los previstos en el contrato.

Ahora bien, hasta aquí ha venido exponiéndose la obligación que alcanza al medio en el contrato de difusión. Pero es que sucede que en ocasiones el contrato de

difusión no se concluye con el medio en cuanto titular del soporte en su conjunto sino con la agencia de exclusivas que es titular de su explotación publicitaria. Nada se encuentra en la ley sobre esta importante cuestión. Salvo lo dispuesto con carácter general en el artículo 15, segundo párrafo, del Estatuto. Por aplicación del mismo, sin duda en el contrato de difusión la agencia de exclusivas adopta la posición del medio.

Pero resulta que la obligación fundamental del contrato que es comunicar el mensaje a la audiencia, es algo, en principio, a lo que permanece ajena la agencia de exclusivas, porque por su propia naturaleza la actividad que exige pertenece al ámbito de decisión exclusiva del titular del soporte en cuanto tal.

Desde un punto de vista formal, hay que tener en cuenta que esas agencias tienen una propia personalidad jurídica porque o bien son empresarios individuales que operan en el tráfico con la personalidad física que les es natural o bien son empresarios sociales que por haber cumplido los requisitos generales gozan de personalidad jurídica (cfr. arts. 20, 1º y 2º y 21 Rto. R.G.P. en relación con el art. 17, 2º EP y arts. 6º L.S.A. y 5º L.



S.R.L.).

Ante esta situación sólo parecería válido concluir una de estas dos cosas. Que o bien la agencia de exclusivas debe contratar siempre como representante del medio o bien que la agencia de exclusivas es comisionista del credere del anunciante o de la agencia. Esta segunda vía me parece en absoluto inadmisibile porque cuando se concluye con la agencia de exclusivas un contrato no es un contrato de comisión para que a su vez concluya el negocio de difusión con el medio. No es un contrato de comisión sino que lo que el anunciante o la agencia contratan es ya la difusión. Pero es que, además, resulta absurdo jurídicamente pensar que la agencia de exclusivas pueda celebrar un contrato de difusión con el medio cuando justamente éste se ha desprendido de la disponibilidad publicitaria del soporte en favor de la agencia de exclusivas.

Por la misma razón, no puede sostenerse que la agencia de exclusivas sea un representante del medio (18). Por el contrato que a éste le vincula con ella no puede disponer de los espacios publicitarios. Cuando la agencia dispone las inserciones actúa un interés propio que el medio no puede ignorar en virtud de aquel contrato.

La agencia de exclusivas al contratar con un anunciante o con otra agencia lo hace porque dispone del aprovechamiento de los espacios publicitarios de un medio. En este punto, el medio se ha obligado para con ella a mantener la difusión de su soporte como apto para la utilización publicitaria pactada. El no cumplimiento de la orden de publicidad en concreto desencadenará la responsabilidad del medio frente a la agencia de exclusivas, pero será ésta quien quede responsable frente al anunciante o la agencia.

Sin embargo, la inseguridad jurídica creada indiscutiblemente en este punto, me parece que aconseja una revisión a fondo del mismo. Partiendo de que supuesto que las obligaciones que surgen de los contratos publicitarios son siempre de hacer, no cabe pensar en un contrato de exclusivas análogo al que cabe en las obligaciones de dar, sino que se originan unas relaciones más complejas que han de ser atendidas con cuidado.

Finalmente, resta por analizar quien es el acreedor a la prestación del medio. La respuesta inmediata y jurídicamente irreproachable sería la de que sólo quien sea la otra parte en el contrato de difusión. El anunciante si lo concluyó él directamente o la agencia en su nombre, o bien

ésta si actúa en nombre propio.

Sin embargo, la lectura del artículo 47 del Estatuto descubre que la ley designa como acreedor de la prestación al "cliente", sin referirse para nada a la agencia.

En primer momento, cabría pensar que el término cliente se utiliza en un sentido amplio que acoge tanto al anunciante como a la agencia, en cuanto que los dos lo son del medio. Pero hay que advertir en seguida que en el artículo 43 al definir el contrato, el término cliente se reserva para designar al anunciante. A no ser que la conjunción o que emplea el precepto se interprete que denota una idea de equivalencia. Cosa que no me parece posible porque no sólo la agencia puede concluir el contrato de difusión. En el artículo 48 vuelve a aparecer el término empleado exactamente de igual modo que en el artículo 43. Y lo mismo sucede en el artículo 49. En todos ellos se utiliza para designar al anunciante. Por otro lado hay que tener en cuenta que a lo largo de la ley ha surgido ya el mismo término con esa clara significación (cfr. art. 27, 28, 31, 32, 33, 35, 37, 38, 39 etc.).

Sin embargo, en el artículo 50 vuelve a

surgir el término con unas características que, como se verá más abajo, no puede sólo referirse al anunciante sino que se debe integrar el precepto considerando que un olvido del legislador ha hecho desaparecer de su lado la referencia a las agencias.

Pero si en este último caso la cuestión es digna de especial cuidado, me inclino a favor de pensar que en el artículo 47 la ley al hablar del cliente se está refiriendo exclusivamente al anunciante. Lo que ocurre es que, en mi opinión, con ello no se prejuzga la cuestión relativa a quien sea el acreedor de la prestación del medio. Ni la ley quiere designar al anunciante como tal acreedor ni aunque quisiera podría decirlo así porque sólo si expresamente lo dispusiera podría entenderse que se altera el sistema jurídico general relativo al ámbito personal de la eficacia de los contratos y referente al mecanismo de la representación indirecta.

El artículo 47 se refiere al cliente cuando dice que se pondrá a disposición de él un espacio o un tiempo. Se refiere entonces sólo a que la inserción en el soporte debe ser del mensaje de un anunciante. Dicho así acaso parezca que es algo inútil. No hay tal. Con ello creo que quiere la

ley dejar muy bien aclarado que el contrato de difusión no debe ser un cauce que utilice la agencia para llegar a tener a su disposición una serie de "espacios" que pudiera administrar a voluntad. Detrás de ello vuelve a estar la preocupación por la sombra, que al legislador se antoja siniestra, de las exclusivas.

Puesto que la agencia siempre contrata por cuenta del anunciante (art. 33 EP), el medio pone sus espacios no a la disposición de aquélla sino de éste.

No obstante, si éste es el deseo de la ley, creo que no se cumple. Por la simple razón que esa puesta a disposición del bien se produce en cumplimiento de un contrato perfecto que ha podido concluir la agencia en su propio nombre. El artículo 47 exige que el nombre del anunciante se describa en el momento en que el contrato vá a cumplirse, cosa que casi siempre resultaría necesaria por propia definición de la publicidad, pero no antes. Porque no diciéndolo así expresamente debe aplicarse para el momento de la conclusión del contrato lo que se dispone en el artículo 246 del Código de Comercio.

Claro es que el momento de la perfección del contrato puede coincidir con el de envío al medio de la

orden, con lo que en ese momento, generalmente -salvo el supuesto de una campaña de "intriga"-, quedará descubierto el nombre del anunciante. En cualquier caso me parece que la ley quiere resaltar que el contrato de difusión está previsto como el negocio de realización del encargo que la agencia recibe por virtud del contrato de publicidad concluido con el anunciante,

El artículo 48 del Estatuto impone a éste o a la agencia el deber de proporcionar al medio "el material necesario para la difusión publicitaria". Nuevamente aparece un especial "deber de acreedor" semejante al que el artículo 34 impone al anunciante con respecto a la agencia en el contrato de publicidad. No se trata, desde luego, de una obligación en sentido técnico. Ahora bien, la cuestión aquí revela unos singulares matices.

La propia naturaleza de la publicidad exige que la incorporación del mensaje al soporte se realice mediante una actividad que tiende a la reproducción del mismo según las características de cada medio. El alcance de la actividad de éste en orden a la reproducción puede variar según los casos. Pero en todos será preciso que se haya puesto a su disposición el mensaje en condiciones tales que

hagan posible su reproducción. En unos bastará, en efecto, con la entrega del original gráfico, o del esquema o guión de la cruz radiónica. En otros será menester que el medio reciba el grabado realizado o la grabación magnética, o el spot, la película o el cartel.

Pues bien, es a la entrega de este material a lo que se refiere el artículo 48 de la ley. Pero como se advierte la tarea de la incorporación del mensaje al medio supone el empleo de un tiempo. Este ha de estar en función de las características de cada uno. No es lo mismo un periódico que una revista a color, que una emisora de radio, o que cualquier otro medio. Por eso el artículo 48 dispone que la entrega ha de realizarse "con la anticipación pactada o usual". Anticipación, naturalmente, respecto de la fecha en que se haya previsto la ejecución de la divulgación. Normalmente, los medios también suelen tener previstos esos plazos en sus condiciones generales. Pero para el caso que no lo estén y no se hayan pactado expresamente, se estará a lo que sea usual atendida la naturaleza del medio de que se trate.

En relación con el cumplimiento de este deber de acreedor que se impone al anunciante o a la agencia

surge la cuestión relativa a las consecuencias de su incumplimiento. No creo que deba pensarse que el asunto es intrascendente, en base -como algún autor señala (19)- a que es normal que los medios tengan un exceso de "original publicitario", con lo que nunca se les causa un perjuicio por el hecho de no poner a su disposición en tiempo oportuno el material apto para la reproducción. Creo que se está pensando en el supuesto de los grandes medios publicitarios en los que la afirmación puede ser certera. Pero no tiene por qué serlo siempre. Y basta esta incertidumbre para que el jurista haya de esforzarse en encontrar el criterio para resolver adecuadamente el posible conflicto que suria.

Es necesario tener presente que el "espacio" publicitario no es una mercancía susceptible de almacenarse y suplir con ello en las épocas de una mayor demanda. Por el contrario, se trata de una mercancía que todos los días surge ex novo y se extingue. Porque está en ella indeleblemente marcada la noción del tiempo. Y esto es así en relación con todos los medios y no sólo con los de comunicación social en los que resulta más evidente.

Ahora bien, desde el momento que se admite que el anunciante puede desistir unilateralmente en cualquier



momento, parece íque ni puede configurarse como obligación su deber de entregar el original reproducible ni puede estimarse que el incumplimiento de ese deber comporte ninguna consecuencia para el medio.

Pero si no es cierto por lo que se señaló más arriba que al medio no se le sigan perjuicios tiene que reconocerse que el desistimiento del anunciante debe conciliarse con la indemnidad del medio. Cosa que, además, está reconocida positivamente en el Estatuto. Pero, además, éste contiene una norma que, desde luego, ha de tenerse en cuenta en este punto. Porque el artículo 49 establece la presunción de que la inejecución de la publicidad es ocasionada por el medio.

Tal presunción de que el incumplimiento se debe al medio no conce excepción alguna, con lo que se extiende al caso de que la causa consista en no haber dispuesto en tiempo oportuno del material a reproducir. En este caso se advierte que se le impone, nada menos, que la carga de la prueba de un hecho negativo.

Puesto que el deber del acreedor del artículo 48 no es en modo alguno una obligación, entiendo que el medio no tiene otra salida si quiere cubrirse del riesgo

de la aplicación del artículo 49 que el de hacer constar en el "espacio" contratado de una manera expresa que está destinado a la publicidad del anunciante de que se trate. La no entrega del mensaje en términos aptos para la reproducción se soporta así íntegramente por el anunciante o por la agencia, y el medio cumple habiendo destinado el "espacio" dentro del soporte dirigido a la audiencia a la publicidad de aquél, siempre claro está que se haga constar así de modo inequívoco con lo que seguramente se procurará, además, el resultado publicitario que en el contrato de difusión el medio promete, puesto que, a tenor del artículo 53, los medios sólo prometen el resultado publicitario primario o directo, ésto es: la divulgación misma, pero no el ulterior o remoto de la eficacia que esa divulgación entrañe.

En todo caso, por este camino el medio habrá conseguido preconstituir un instrumento útil para la convicción del juzgador en la prueba a que se refiere el artículo 49 del Estatuto (20). Sobre esta cuestión se volverá más abajo.

Por otro lado, con la reserva del "espacio" y la determinación de su destino me parece que se obtiene otro resultado no menos importante. Porque si del

propio tenor del precepto citado quisiera deducirse que en el caso de que el medio probase que la inejecución de la publicidad no fué ocasionada por su causa, se le debe pagar la contraprestación convenida, esto es algo que, para el supuesto de incumplimiento del deber del artículo 48, considero injustificado, pues aun cuando quisiera verse en ello el incumplimiento de una obligación en sentido propio, debería estarse a lo previsto con carácter general en el Ordenamiento sobre el alcance indemnizatorio en caso de incumplimiento, ya que no expresamente y sin duda queda derogado sino que hay que deducirlo así sólo de una manera indirecta y seguramente en contra de lo que la ley misma quiere significar. Con mayor razón es injustificado si no es técnicamente una obligación. También sobre este punto habrá de volverse.

B) Prestación del anunciante o agencia

También la obligación del anunciante o de la agencia frente al medio es única. Consiste en pagar el precio.

De modo semejante al contrato de publicidad, en el de difusión también impone la ley que la contraprestación sea en dinero. Ya es conocido el interés del Estatuto en que sean transparentes las relaciones publicitarias.

La obligación del anunciante o agencia es, en definitiva, una obligación pecuniaria.

Es sabido, igualmente, que a pesar de la dicción literal del último inciso del artículo 43, la obligación se determina mediante la aplicación de unas tarifas que con carácter general tiene establecidas el medio.

Se ha dicho que sobre estas tarifas no existe más intervención administrativa que la derivada de la función de policía general que entraña el conocimiento previo por parte de la Administración. Por lo tanto, pueden ser modificadas por propia decisión del medio que podrá aplicarlas tan pronto como las haya hecho conocer al Ministerio de Información y Turismo.

El Estatuto contiene en este punto una norma que en principio no deja de ser sorprendente en su formulación. Dice el artículo 46 que "el cambio de tarifa de un medio de publicidad durante el periodo de ejecución de una orden, no afecta, salvo pacto en contrario, a la publicidad que se realizara en cumplimiento de dicha orden".

No hay que decir que el artículo transcrito parte de la consideración de que la obligación del medio es de tracto sucesivo. Será, desde luego, el caso más gene-

ral en los supuestos de las grandes campañas comerciales. Precisamente por ejecutarse el contrato en el tiempo y constituir una relación duradera es por lo que cabe que en el entretanto se alteren las tarifas del medio.

El artículo 45 denomina al contrato de difusión con el término de "orden", que aquí no es simplemente el documento que materializa las condiciones del mensaje que ha de insertarse en virtud del contrato de difusión, sino éste mismo. Ejecución de la orden vale tanto como ejecución del contrato.

Parece chocante que tenga que expresarse que la contraprestación de un contrato no sufrirá alteración durante su vigencia. Esto es algo que está en la sustancia misma de todo contrato. El hecho de tratarse de un contrato se serie no altera esta realidad. Porque las tarifas y condiciones no se someten a aprobación administrativa alguna que supone siempre la ponderación de los intereses generales de la masa de quienes pueden contratar. Porque, además, no se engendra una situación duradera indefinida sino que en el contrato de difusión se determina el tiempo de su vigencia de uno u otro modo, como tuvo ocasión de señalarse. No es lo mismo el supuesto de este contrato y el de su-

ministro de energía, por ejemplo.

Por lo tanto, la regla del artículo 46 resulta, en principio, innecesaria. Lo es en cuanto la alteración de las tarifas supusiera su encarecimiento. De ello, aunque no lo expresara la ley, no debería poder seguirse un perjuicio a la otra parte. Pero, en cambio, si se tratara de una rebaja de las tarifas, parece que debería aprovechar al anunciante o a la agencia. La razón reside, en mi opinión, en un argumento de equidad, si es que no quiere verse el fundamento en una norma general positiva como lo es la contenida en el apartado e) del artículo 3º de la Ley de 20 de julio de 1963 sobre Restricción de prácticas restrictivas de la competencia. Parece como si el artículo 46 sólo hubiera partido del pesimista punto de vista de que nunca los precios tienden a bajar.

Pero, además, la regla se formula en la ley expresamente como dispositiva puesto que permite que un pacto imponga que las tarifas modificadas se apliquen a los contratos pendientes de ejecución. Y esta previsión legal resulta difícil de admitir porque insisto en resaltar que por mucho que se trate de una contratación sobre condiciones generales y tarifas no responde el contrato de difusión

a las características de fondo de los contratos de suministro de bienes básicos que implican una relación indefinida, ni menos puede admitirse que por decisión unilateral no sometida a control alguno pueda alterarse el contenido del contrato.

Me atrevo a sostener que el artículo 46 no ha considerado debidamente los intereses en pugna, o que en otro caso no es fácil comprender la razón por la que ha considerado más atendibles los del medio que precisamente es, por la misma forma de la contratación, la parte más poderosa.

La redacción de la Ley es, además, incongruente. Referirse a un "pacto en contrario" parece indicar - que se excluye que la reserva sobre alteración de tarifas con eficacia en los contratos pendientes pueda estar contenida en las mismas o en las condiciones generales de contratación. Pero no puede ser así, sino justamente al contrario. Donde debe contenerse es, precisamente, en las tarifas o en las condiciones generales. En primer lugar, porque si fuera exigible el pacto expreso y en concreto seguramente se llegaría al mismo resultado económico de fondo. En efecto, bastaría que no existiera acuerdo sobre el pacto para que el medio pudiera negarse a contratar. Con lo que presumiendo la buena fé del medio que imponga el pacto en todos los casos

el resultado es el mismo. Pero, además, como se advierte enseguida, la imposición del pacto al arbitrio del medio en cada caso supone de hecho atribuirle la decisión sobre concluir o no el contrato. Finalmente, porque aun cuando no se estimase la obligación de contratar por parte del medio, pugnaría con lo terminantemente dispuesto en el artículo 45 del Estatuto, ya que imponer o no el pacto significaría un trato discriminatorio que es justamente lo que tiene que evitarse y evita ese precepto. No sólo pugnaría con la finalidad del mismo sino, incluso, con su letra porque la no exigencia del pacto puede ser un "beneficio" -siempre que se subieran las tarifas lo sería - de los que están prohibidos por el tenor literal del artículo citado.

No me parece necesario decir que la obligación del pago incumbe a quien haya sido parte en el contrato según el carácter con que intervino. El anunciante deberá pagar si lo concluyó él directamente o la agencia en su nombre. Será ésta la responsable del pago si contrató con el medio en nombre propio.

No es cuestión de repetir aquí lo que se dijo en torno a esta cuestión al tratar del contrato de publicidad, a cuyo lugar me remito.



Tampoco existen particularidades en cuanto al lugar y el tiempo del pago que seguirán las reglas generales.

**VI - CONSIDERACIONES SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DEL MEDIO.**

Conocida como es ya la obligación del medio, parece que no deberían suscitarse demasiadas cuestiones en torno a su cumplimiento, o inversamente, a su incumplimiento.

El medio se obliga a comunicar a su audiencia un mensaje publicitario por su incorporación al soporte que a ella le dirige y en los términos de forma, lugar y tiempo que se hubieren pactado, dentro de lo previsto por las condiciones generales de contratación, o, en otro caso, en los términos que se tengan establecidos como comunes en esas condiciones generales.

En este orden de cosas, es indispensable tener presentes las consideraciones que han quedado hechas en relación a la naturaleza y al número de los actos de publicidad a que se refiere el contrato. Porque en función de estas dos cuestiones adquieren todo su relieve los factores de forma, lugar y tiempo.

Esas circunstancias combinadas permiten lle-

gar a una noción más exacta de lo que es el incumplimiento del contrato.

a) Un acto de publicidad puede resultar defectuoso por razón de una reproducción visiosa de la pieza que hacía reproducible el mensaje en su expresión formal. También, porque se haya aprovechado deficientemente, -por exceso o por defecto -el "espacio" publicitario que se hubiera previsto como forma idónea de expresión final del mensaje reproducido (21).

Se advierte cómo esta defectuosa ejecución del acto por razón de la forma comporta siempre un cumplimiento defectuoso del contrato de difusión ya se refiera a ese solo acto o ya a una serie de ellos. Y sea cuál sea la naturaleza del acto mismo y, por lo tanto, del medio que se utiliza.

b) El defecto del acto puede provenir de no haberse situado el mensaje en el "emplazamiento" previsto o dentro de los límites que se impongan en su caso a la discrecional decisión del medio en las condiciones generales de contratación.

La cuestión ahora ofrece una perspectiva nueva porque hay que distinguir, a mi juicio, entre medios

en los cuales el "emplazamiento" se refiere a un lugar y aquellos otros en que se refieren a un tiempo. Estos, normalmente, por sucederse la comunicación en el tiempo tienen a contar con una audiencia fluctuante para diversos momentos. Por poner un ejemplo claro: La audiencia de una emisora de radio varía en función del programa. Una variación en el "emplazamiento" previsto en este caso determina, a mi juicio, la inejecución del acto mismo, puesto que, no importa repetirlo, éste no consiste en cualquier divulgación sino en comunicar a la audiencia el mensaje. Por lo tanto, se aproxima en sus efectos a los que produce la alteración en cuanto el tiempo que se contempla más abajo.

En los demás casos, puede afirmarse que existe simplemente un cumplimiento defectuoso del contrato, lo mismo fuera para uno que para varios actos.

c) El factor tiempo es el que sin duda determina el cumplimiento defectuoso o el incumplimiento del contrato en función del número de actos para el que se concluyó. La inejecución de un acto de publicidad es incumplimiento del contrato cuando éste se concluyó sólo para él. Pero es también cumplimiento defectuoso si se refería a varios actos.

Pues bien, toda esta amplia problemática pretende resolverse en el Estatuto a través de los artículos 49 y 50.

Del primero de ellos he tenido ocasión de ocuparme al tratar de la obligación del medio en el contrato. Y es sabido que le impone la carga de probar que él no ha sido el causante de la "falta de ejecución de la publicidad convenida".

El problema está, a mi entender, en desentrañar qué sea esta "convenida publicidad". No se sabe, en principio, si por tal ha de estimarse en su caso el conjunto o serie de actos para los que el contrato se concluye, o si cada uno de ellos entra en la consideración de "publicidad convenida". No hay ningún apoyo en la ley para pensar que se restrinja el alcance de la expresión a la primera de las proposiciones. Por el contrario, la generalidad con que se formula y el hecho de que sea divisible la prestación del medio inclinan a pensar que "publicidad convenida" no es sólo el total contenido de la prestación sino que es también cualquiera de sus manifestaciones. La opinión se refuerza en consideración a lo dispuesto en el artículo 27, precepto que también es conocido, y que por encontrarse en el Ca-

pítulo I de las disposiciones comunes y por su propio contexto resulta aplicable al contrato de difusión. En él terminantemente se contempla la contradicción con los términos pactados en un solo "anuncio".

Pero es, igualmente, problemática la expresión "falta de ejecución" que el artículo 49 utiliza. Porque puede interpretarse en un doble sentido. Como omisión de la inserción del mensaje en el soporte y como inserción defectuosa por contraria a lo convenido respecto al "espacio" o forma, al "emplazamiento" y al tiempo. Tanto ha dejado de ejecutarse la "publicidad convenida" en uno como en otro caso. Por lo mismo, y puesto que la ley no distingue, parece que debe interpretarse en el más amplio sentido. Para sostener, sin embargo, una opinión contraria, parece también que existe base en el inciso final del propio precepto que dispone que el medio "no podrá exigir a la agencia o al cliente el pago de la publicidad no realizada". El empleo de la conjunción y, que enlaza este inciso con el anterior, puede servir para estimar que el artículo 49 en su integridad se refiere al supuesto de inejecución del acto de comunicación.

Sin embargo, pienso que en el precepto en

cuestión, es necesario distinguir dos cosas. De un lado, la presunción que establece en su inciso primero. De otro, la norma contenida en su final.

La presunción del artículo 49 engloba todos los supuestos de "falta de ejecución de la publicidad convenida". Sea por defecto en la forma, en el emplazamiento o en razón del tiempo de la incorporación del mensaje, y sea de un solo acto o de todos los actos que constituyen el contenido de la prestación del medio. En todos estos casos se presume la Ley que es éste quien ha faltado al exacto cumplimiento de su obligación.

Si en vista de ello se quisiera concluir que el inciso final del artículo 49 se amplía a todos esos supuestos o que, por el contrario, lo contemplado al principio del precepto se reduce al caso de falta de ejecución en absoluto, me parece que sería una consecuencia inesacta. Porque además de ir contra la letra de la ley, resultaría la norma inútil e incongruente. Inútil, porque no hace falta decir que la contraprestación solo se acredita por el medio cuando la comunicación se ha producido en los términos pactados. Sobre todo desde que lo impone ya el artículo 27 expresamente. E incluso incongruente con este precepto que prevé para los supuestos de ejecución defectuosa la posible indemnización -

de daños y perjuicios.

Pretender vincular las dos cuestiones de que trata el artículo 49, por llevar a un resultado absurdo, debe rechazarse.

En efecto, el precepto atiende a dos cuestiones completamente diversas.

Una es la relativa al derecho del medio a la contraprestación. La otra es la cuestión de la responsabilidad del medio por un cumplimiento defectuoso o por el incumplimiento de su obligación.

El derecho del medio a la contraprestación sólo surge por virtud de una ejecución efectiva de la comunicación publicitaria. Sean cuales sean las causas por las que no se produjo, en tal caso el medio no acredita derecho alguno.

La presunción que se establece en el artículo 49 determina la aplicación del artículo 27 que concede al anunciante la opción entre exigir el cumplimiento en los términos pactados o desistir del acto. En ambos casos, con indemnización de daños y perjuicios.

Pero el medio puede, mediante la oportuna prueba, destruir la presunción de su responsabilidad, elimi-

nando la aplicación del artículo 27. Pero las consecuencias sólo de modo incompleto se contienen en el Estatuto puesto que el artículo 50 se refiere únicamente a un supuesto de cumplimiento defectuoso que haya sido además causado por la otra parte. Se dejan sin contemplar otros supuestos de defectuosa prestación o incluso de inejecución total. Y se guarda silencio sobre los supuestos en que se haya producido un hecho que libere al medio del cumplimiento.

Ya que la presunción del artículo 49 se extiende a cualquier supuesto, es por lo que más arriba sostuve la oportunidad de que, en el caso de un incumplimiento del deber de acreedor, el medio pueda mantener en blanco el espacio contratado con indicación de su disponibilidad por el anunciante.

El artículo 50 sólo considera el caso de una insuficiente utilización del "espacio" convenido. Además de incompleta, la norma me parece que puede llevar a resultados aparentemente no justificados. Por lo que se impone una interpretación constructiva.

El medio no sólo, como es obvio, se libera de responsabilidad sino que incluso acredita su derecho a la íntegra contraprestación cuando sea "responsable" el "clien-



te" de la utilización parcial del espacio (art. 50 E.P.)

La primera cuestión que se suscita es por causa del empleo del término "cliente" porque sólo a él se refiere el artículo 50 y no como en otros casos también a la agencia. Cuando la ley habla de "cliente" se refiere siempre al anunciante, y más en el contexto del régimen del contrato de difusión. Siendo así no se explica que el precepto que se examina se refiera sólo al anunciante. En la mayoría de los casos el contrato se concluirá por una agencia y es a ella a quien justamente compete la elaboración de la pieza reproducible que incorpora el mensaje. Esta pieza en sus dimensiones de superficie o de tiempo determina el "espacio" efectivamente utilizado en el soporte. Siempre que intervenga una agencia en el contrato de difusión como ejecutora del contrato de publicidad, es ella la "responsable" de la utilización parcial del espacio o el tiempo pactado. Esto es algo tan obvio que fuerza a considerar que el legislador ha sufrido un lapsus que debe suplirse entendiendo que cuando se refiere la ley al "cliente", en este caso se emplea el término englobando tanto al anunciante como a la agencia, en cuanto que ambos pueden serlo del medio.

Pero la cuestión más problemática está en

el propio contenido del precepto. La utilización total del espacio no cabe duda que supone un cumplimiento perfecto del contrato. El medio ha puesto a la disposición de la otra parte un "espacio" concreto que está obligado a respetar. Pero por estarlo, cuando no respeta ese "espacio" el medio ha cumplido defectuosamente.

El artículo 50 no distingue el caso en que el medio, efectivamente, haya cumplido su obligación del caso en que no la haya cumplido exactamente. Un ejemplo creo que alcarará la cuestión. Puede haberse contratado el "espacio" de la columna de un diario. La pieza reproducible suministrada al medio puede por sus proporciones agotar sólo las tres cuartas partes del "espacio" columna. No me parece que deban ser iguales las consecuencias cuando el medio respeta en blanco la cuarta parte restante que cuando, aprovechando la circunstancia dispone de ella para otra finalidad. En el primer caso, el perfecto cumplimiento por el medio obviamente determina el juego de las obligaciones recíprocas. En el segundo, por el mismo principio, no debería poder exigir el pago frente a una obligación que él sólo parcialmente ha cumplido. El principio de equivalencia y mayor proporcionalidad entre las prestaciones me parece queda un tanto desconocido

por el artículo 50 del Estatuto. A mi entender, sin una justificación suficiente se impone al anunciante o a la agencia un cumplimiento estricto de su obligación de pagar aún cuando el medio no haya cumplido la suya íntegramente.

Considero que esta razón es suficiente para alumbrar una correcta interpretación del artículo 50. En realidad, aunque su letra parece clara, debe integrarse la norma en el sistema general de nuestro ordenamiento, y no es violentarla en absoluto entender que ha de partirse para que surja la obligación del precepto citado de un rotundo cumplimiento por el medio de la que a él le incumbe.

Se dirá que este criterio no puede servir para todos los casos. Y quizá se piense en los supuestos en que por la propia naturaleza del vehículo difusor no caben los "blancos". Tal sucede en la radio, el cine y la televisión. Este hecho técnico no altera, sin embargo, la validez del criterio sustentado. El tiempo, en efecto, comporta una elasticidad que no soporta un medio material rígido mensurable en superficie.

Ciertamente las objeciones no pueden venir sólo del lado de la contemplación de la naturaleza del medio. Se trata de otra cuestión que afecta a algo más amplio como

es la especificación de los "espacios" dentro del soporte y su normalización. Todo medio que tenga normalizados sus espacios -radio, cine, televisión, exterior en carteleras ad hoc, etc.- o cualquier medio en relación con los "espacios" que tenga normalizados -también un diario en relación a sus páginas, por ejemplo- no podrá aprovecharse en la práctica de una utilización parcial de los mismos por parte del anunciante o de la agencia, puesto que el número de mensajes a incorporar está determinado por la distribución normalizada del "espacio" global, y es el número de mensajes y no su dimensión lo importante.

Desde esta óptica, las objeciones dejan de serlo siempre que se trate de medios que tengan sus espacios normalizados -que son los más importantes-. Porque entonces el medio habrá cumplido siempre que se haya respetado el espacio aunque no se haga patente "blanco" alguno.

La ley guarda silencio en punto a las consecuencias que se derivan de un cumplimiento defectuoso por razón del "emplazamiento" no imputable sin embargo al medio. Seguramente el silencio legal sea debido a estimar que la cuestión de emplazamiento es algo que compete siempre al

medio y en lo que ni el anunciante ni la agencia intervienen. Siendo esto último cierto, no lo es sin embargo, que en todo caso el defecto en este orden sea imputable al medio. Claro es que este tema enlaza con el más general de la existencia de hechos modificativos de la responsabilidad del medio en el incumplimiento o en la ejecución defectuosa.

Porque no toda inexecución o cumplimiento defectuoso no ocasionado por el anunciante o la agencia debe entenderse ocasionado por el medio.

El artículo 49 no impide en modo alguno que el medio pueda probar se deba a una causa de caso fortuito o de fuerza mayor. Al no impedirlo, la realidad es que el intérprete se queda sin saber qué ocurre en tales casos, como no sea, desde luego, que regirá la norma del inciso final del propio precepto. Pero fuera de que el medio no podrá exigir el pago, porque para él es irrelevante la causa y sólo importa el efecto de no haberse realizado la publicidad, en el artículo 49 no hay base para saber cuáles serán las demás consecuencias.

El supuesto más claro es el de la recogida de un medio informativo por parte de la Autoridad administrativa o su secuestro por parte de la Autoridad judicial. No

menos claro es el de la negativa de aquella Autoridad en uso de sus funciones de policía general, e incluso particular de la publicidad, a autorizar la colocación de un objeto material susceptible de ser soporte publicitario en una vía pública.

Pues bien, también ahora la cuestión presenta matices considerables sobre todo en el caso descrito en primer lugar, en que puede ocurrir que el medio informativo haya conocido una efectiva circulación, sea cual sea la causa como, por ejemplo, contar con un notable número de suscriptores a los que se envía, retraso en la orden de la Autoridad, etc. etc.

Se advierte cómo las cuestiones de "emplazamiento" pueden contemplarse también bajo esta perspectiva. Situar en otro lugar el mensaje al específicamente previsto y querido por esta causa no sólo se da en relación a los supuestos de la publicidad exterior sino que puede darse también en los mismos medios informativos, sea en ciertas circunstancias históricas, a través de las notas de inserción obligatoria impuesta por la Autoridad administrativa incluso con determinación de emplazamiento, sea por razón de que la gestión del medio la realiza el propio Estado y sus Organos estiman que una noticia debe desplazar la publicidad contrata-

da.

En realidad, la cuestión se traslada al plano de la dogmática general de las obligaciones y contratos y de la responsabilidad.

Porque, ciertamente, serán los términos del contrato los que indiquen, en los supuestos citados, las consecuencias, según se contemplara en él la ejecución de ese único acto o de varios, si el "emplazamiento" era cuestión esencial o no, e incluso si se refería a una localización geográfica que la competencia profesional del medio le era exigible conocer si era o no posible aprovechar, así como que la imposibilidad fuera anterior o posterior al contrato mismo.

Advertida la natural complejidad que se desprende de la cuestión -que no es nueva ni excepcional en las cuestiones jurídicas-, entiendo, sin embargo, que pueda establecerse un criterio válido, y de carácter general, respecto a todos los supuestos en que la ejecución defectuosa o la inexecución total produzca con independencia de la causalidad del anunciante o de la agencia.

La responsabilidad del medio frente al anunciante se produce siempre que no pruebe que la ejecución

defectuosa o el incumplimiento se ha producido por causas ajenas a él mismo y que no estaba en su condición el conocer. Se admite, en consecuencia, la responsabilidad del medio cuando, por caso, se contrató la instalación de un anuncio en un lugar que estaba prohibido. Porque no veo razón por la que entonces haya de hablarse de imposibilidad ya que quedaría la regla desvirtuada con la exigencia al medio de conocer sus posibilidades de explotación publicitaria.

Pero queda exonerado el medio de responsabilidad incluso cuando él haya sido el causante siempre que haya obrado en virtud del especial deber de diligencia que a su condición impone el párrafo primero del artículo 25 del Estatuto o de la facultad que se le confiere en el segundo párrafo de ese precepto.

La regla se hace extensiva a la responsabilidad frente a la agencia que contrató con el medio, no ya por el cauce del artículo 27 del Estatuto, que sólo se refiere al anunciante, sino por las reglas generales del Código civil.

## VII - EXTINCION DEL CONTRATO DE DIFUSION

Tampoco, en relación con el contrato de difusión, dispone la ley norma alguna sobre su extinción.



Pienso que no merece la pena detenerse en consideraciones sobre la aplicación al caso de las causas generales de extinción de las obligaciones.

Únicamente acaso convenga apuntar que el transcurso del tiempo por el que se pactó juega, en ocasiones, un papel relevante no sólo desde el punto de vista de la extinción del contrato, sino también desde el que contempla su cumplimiento. Efectivamente, cuando se trate de contratos de duración continuada que prevean la ejecución de varios actos pero que teniendo unos límites generales de tiempo no tengan, sin embargo, éstos determinada la fecha para cada uno, es evidente que sólo al final del plazo se podrá juzgar del cumplimiento.

Las cuestiones más interesantes surgen en relación a la posible revocación del contrato por parte de la agencia o del anunciante. Es decir, su resolución unilateral o desistimiento. La ley guarda silencio en aspecto tan crucial. Y ya es sabido que sólo prevé en el artículo 27 una supuesta resolución del contrato por virtud de una estimación del carácter recíproco de las obligaciones.

Cabe entonces preguntarse si la agencia que haya contratado en nombre propio no goza de semejante

facultad. La respuesta me parece a la vez afirmativa y negativa. Ha de negarse que a la agencia se le reconozca tal facultad por virtud de lo dispuesto en el artículo 27 del Estatuto puesto que este está pensado para el anunciante y así queda muy claro en el contexto. Sin embargo, si la ley parte de considerar las obligaciones recíprocas, es obvio que la agencia tendrá a su favor lo dispuesto en el artículo 1124 del Código civil con carácter general.

Es sabido también que las consecuencias previstas en el artículo 27 y por lo mismo en el 1.124 del Código civil parecen desproporcionadas para los casos en que la prestación del medio sea divisible. Y que más congruente resulta estimar que la reciprocidad de las obligaciones debe ponderarse aisladamente por las partidas de la división, esto es por cada acto, que son sobre los que se concede la opción prevista en aquellas normas.

Pero, en todo caso, lo que importa ahora es analizar si cabe un desistimiento unilateral por parte del anunciante o de la agencia. En mi opinión, vuelven a surgir ahora cuantas consideraciones de hicieron con referencia a este punto al estudiar el contrato de publicidad.

Ni es cuestión de repetirse, ni considero

necesario invocar ahora aquellas razones sociológicas y de fondo.

Me parece suficiente partir de la consideración de contrato de resultado que el de difusión merece. Y, consiguientemente, estimo de aplicación lo dispuesto para el contrato de obra en el artículo 1594 del Código civil.

No se trata, desde luego, de una resolución unilateral que sea excepción al artículo 1256 del mismo texto legal. El hecho de que aquel precepto imponga al dueño de la obra la obligación de dejar al contratista indemne y compensarle la utilidad que hubiere obtenido de la ejecución total del contrato, aleja el supuesto de aquella consideración (22).

Es suficientemente conocida la doctrina jurisprudencial que creyó ver en el artículo 1594 una excepción al 1256, ambos del Código civil, y que consiguientemente, aplicó aquél con carácter restrictivo al supuesto de contrato de construcción de edificios u obras por precio alzado. Independientemente de que se prefiera la doctrina que no admite que pueda hablarse de excepción, seguramente en el ánimo del Tribunal Supremo pesó la consideración práctica indiscutible de que sólo en los contratos a que redujo la aplicación del artículo 1594 es conocida a priori la "utilidad" que el

contratista puede obtener de la obra.

Pues bien, es muy posible que las tarifas o condiciones generales prevean el quantum a que puede extenderse la indemnización en caso de desistimiento unilateral -ése es el sentido que tiene la imposición para el supuesto de un porcentaje sobre el total valor de la campaña que algunos medios en España siguen, y precisamente los mejor organizados, lo que comporta, además, el reconocimiento usual de que tal desistimiento es posible-. Cuando las tarifas no lo prevea.. es obvio que se presentará una cuestión a resolver por el arbitrio judicial, pero esto no justifica que se ejercite precisamente negando la facultad desistidora. Tal conclusión se obtiene de lo dispuesto en el artículo 38 del Estatuto que aunque referido al contrato de publicidad deja sentir sus efectos en el ámbito del de difusión. Puesto que "suspender" aquél comporta "suspender" éste, aún en el supuesto de que la agencia actúe como simple mandatario o comisionista.

El artículo 38 del Estatuto pone como límite a la facultad de suspender el contrato otorgada al anunciante el "perjuicio" que se cause al medio.

La estimación de ese perjuicio es algo que

- 1074 -

pertenece, por definición, cuando no esté objetivado en las condiciones generales, al arbitrio judicial.

NOTAS AL CAPITULO X

- 1) ENNECERUS y sus ANOTADORES lo llaman contrato de inserción de anuncios (op. cit. II-2-12 pág. 510 y 516).
- 2) Vease J. CASTAN op. cit.. T. II 9<sup>a</sup> ed. pág. 120.
- 3) La agencia de exclusivas parece aproximarse a una verdadera agencia. Vease FUSI "Manuale..." cit. vol. I pág. 82 y siguientes.
- 4) Vease supra capítulo IV.
- 5) Sobre el contrato de edición de folletos de propaganda, veanse ANOTADORES, op. II 22-12 pág. 519.
- 6) Vease también Capítulo IV de esta tesis.
- 7) Según PLANIOL Y RIPERT (op. cit. T. XI pág. 224 y siguientes) el contenido del contrato puede ser muy variado, y destacan como más comunes que una persona contrate un muro para colocar un cartel o con un editor al efecto de insertar un anuncio. En el primer caso advierten y se tratará por lo común de un contrato de arrendamiento de cosa mientras que el segundo es una variedad del de empresa. LOUSTALAN (op. cit. pág. 202 y siguientes) resalta -- igual diferenciación pero en definitiva se inclina más -- por el arrendamiento de obra sobre todo para destruir tanto la teoría de la compraventa de espacios como la de que se trate de una comisión. Esta última construcción es -- realmente artificiosa porque equivale a estimar que es operación que se interpone en la actividad principal del

anunciante para la conclusión de los negocios que a ella interesan. J.M. REZZONICO (op. cit.) ni duda ni admite - que existan discrepancias en la doctrina sobre la calificación de contrato de obra. Igual consideración merece para ENNECERUS y sus ANOTADORES (II-2-1 págs. 510 y 516). BUSSMAN-DROSTE (op. cit. pág. 184 y siguientes) no se muestra demasiado explícito pero aunque incluso su terminología es vacilante -habla de venta de medios- parece tener presente el contrato de obra cuando se refiere -con arcaica expresión- al "empresario de publicidad". Según FUSI - ("Manuale..." cit. Vol. I pág. 57 y siguientes) es imposible reconducir el contrato a una categoría única y será - de arrendamiento de cosa o de obra -incluso de empresa- según el tenor de las prestaciones.

8) Por todos, PLANIOL-RIPERT, loc. cit.

9) J. GARRIGUES: "Tratado..." cit. pág. 102. En la última edición de su CURSO se trata de los contratos publicitarios pero informativamente y sin plantear la cuestión de su naturaleza.

10) ENNECERUS y sus ANOTADORES (op. cit. pág. 511 y 517).

11) En realidad el problema se reconduce al general del valor de oferta que pueda considerarse a la publicación - de condiciones generales y tarifas. Pero expresamente se han ocupado de la cuestión PLANIOL-RIPERT (op. cit. pág. 226) para quienes la publicación de las tarifas por el empresario de publicidad no le coloca en situación permanen

te de oferta. Pero si se atiende a sus razones se verá - que en el fondo lo único que reconocen es la posibilidad de que el rehusa a contratar por parte del medio se fundamente en una justa causa. En igual sentido, LOUSTALAN - (op. cit. pág. 188 y siguientes). FUSI ("Manuale..." cit. Vol. I pág. 61 y siguiente). parte de distinguir que el medio se encuentre en situación de competencia o nó.

12) Son las reservas que reconocen PLANIOL-RIPERT (loc. cit.).

13) Veáse LARENZ (op. cit. T. I, pág. 70) en relación al parágrafo 826 del Código alemán.

14) A la orden de publicidad se refiere repetidamente el anteproyecto de código tan citado.

15) PLANIOL-RIPERT (op. cit. pág. 226 y siguientes) destacan entre las obligaciones del medio el mantenimiento de la tirada y reconocen el derecho del anunciante a obtener una justificación de la misma.

16) A la integridad de la inserción se refiere la doctrina unánimemente. Por todos, PLANIOL-RIPERT (op. cit. pág. 226 y siguientes).

17) FUSI ("Manuale..." cit. Vol. I pág. 63 y siguientes) aplica ahora el criterio civil de entrega de cosa indeterminada o genérica (sería nuestro artículo 1167 del Código Civil). No puedo estar conforme con el criterio. En primer lugar porque no hay obligación de entrega y en se-



gundo lugar porque resulta físicamente imposible de cumplir, toda vez que el espacio de calidad media es por definición limitado. Y el soporte constituye una unidad inescindible a efectos de la comunicación con la audiencia.

18) Vease FUSI en nota 3 precedente.

19) M. FUSI, "Manuale..." cit. Vol. I pág. 62 y siguientes.

20) Sobre la cuestión, vease LOUSTALAN, op. cit. pág. 213 y siguientes.

21) Toda la doctrina recoge, directa o indirectamente, estos supuestos ya que publicar el anuncio en las condiciones pactadas es obligación que sin excepción se reconoce que incumbe al medio.

22) J. FUIG BRUTAU: op. cit. II-2º pág. 399.

## CAPITULO UNDECIMO

### LA CONTRATACION PUBLICITARIA (cont.)

#### I - EL CONTRATO DE OBRA O CREACION PUBLICITARIA.-

##### A) Concepto.-

"Del contrato de obra o creación publicitaria" se ocupa la Sección II del Capítulo II del Título IV del Estatuto, que le dedica tan sólo tres artículos, que van del 40 al 42, ambos inclusive.

Me parece paradójico que a contrato de singular relieve en el ámbito publicitario se le despache con tan insuficiente regulación. La importancia que tiene se advierte desde el momento que, por definición, es el marco en el que se conviene la "creación de la obra publicitaria"; que no obstante haber merecido una consideración especial por el Estatuto, sin embargo no extrae las consecuencias en orden al acto mismo de la creación.

Cierto que la obra publicitaria no sólo se crea por virtud de este contrato sino que también la de publicidad da origen a ella. Pero parece lógico que si se articula un contrato cuyo contenido específico sea la creación, haya de ser el asiento adecuado a una específica regulación, que prestara sus normas por analogía a los demás supuestos. Teniendo en cuenta además que nada se dispone sobre el particular tampoco en el régimen previsto para el contrato de publicidad.

Esa ha sido la razón por la que he preferido traer aquí todas las cuestiones que pueden suscitarse en relación a la obra publicitaria.

Si el legislador creyó suficiente con señalar su naturaleza de contrato de obra, habrá que reconocer su ingenuidad porque precisamente la regulación del mismo en el Código civil no puede ser más precaria. Y, sobre todo, más ajena a la creación de una obra del espíritu.

Según el artículo 40 del Estatuto, "contrato de obra o creación publicitaria es aquél en el que una parte, estudio o agencia, se obliga a crear, en favor de otra, cliente, un programa o plan de publicidad o cualquier otro elemento publicitario a cambio de una prestación en dinero".

Parece deducirse que el propósito que ha inducido al legislador a tipificar este contrato se encuentra vinculado a su interés permanente en desvincular funciones y actividades de los "sujetos" que intervienen en la publicidad.

Es lógico que configurados subjetivamente los llamados estudios, se prevea el marco de las relaciones que propiamente conciertan en el ejercicio de las funciones que les son típicas.

Con independencia del juicio que pueda merecer tal designio, es lo cierto y positivo que el contrato de obra publicitaria se regula en la ley y que ello no es en modo alguno indiferente.

En principio, ya se vió que eso forzaba a dar una interpretación unitaria al contenido del contrato de publicidad, desde el ángulo de las obligaciones de la agencia.

Porque, ciertamente, lo que se deduce del sistema legal y de la lectura del artículo 40 es que se deja fuera del contenido del contrato de obra cuanto se refiere a su comunicación al público.

a) Partes en el contrato, - No puede negarse que se guarda una rigurosa coherencia con lo que se prevé

en el artículo 14 como funciones de los estudios.

Por eso, en relación con las partes, la ley les da entrada a éstos e incluso con preferencia a las agencias, a las que sin embargo no se niega la posibilidad de ser parte.

No creo que sea menester decir ahora que el contrato no es tal contrato porque intervenga ni un estudio ni una agencia. Típicamente lo concluirán aquéllos y no es ajeno a la actividad profesional de éstas. Pero su régimen jurídico es aplicable a cualquier convención que tenga por fin la creación de una obra publicitaria.

Tampoco hay que repetir que ni las agencias de exclusivas ni las de distribución a medios se pueden considerar incluidas en la alusión a las agencias.

De nuevo la ley vuelve a utilizar el término "cliente" para contraponerlo al de estudio o agencia como parte en el contrato. No parece que hubiera dificultad en admitir que en él se incluyeran a otras agencias de publicidad. No es nada infrecuente que éstas recurran a especialistas en diversas ramas o sectores de la "creación" publicitaria para la instrumentación de los mensajes de sus propios clientes los anunciantes. Por el contrario, existen ciertas ramas

o sectores en los que resulta inevitable.

Aunque sea repetirme no considero inútil advertir una vez más de la necesidad de romper con una visión simplista de la actividad publicitaria, que seguramente llevaría a los propios "publicitarios" a considerar los estudios como integrados por dibujantes y expertos en redacción, y el contrato de obra como el que se realiza cuando se desea que sean aquéllos los que creen unos originales publicitarios para anuncios gráficos.

Pero esta reducción resulta absurda. Ni por la definición de los estudios ni por el objeto del contrato de obra puede admitirse. Unos estudios de cine publicitario, de grabación de cuñas, de composición musical, de investigación motivacional para la publicidad, etc. son estudios publicitarios.

Por lo tanto, se advierte en qué medida las propias agencias recurren de hecho a los servicios de esos estudios.

Sin embargo, en una fría interpretación jurídica que debe procurar mantenerse alejada de toda simplificación producida por deformaciones profesionales del mundo publicitario, ya no es ni mucho menos tan claro que sea posible que una agencia acuda a un estudio. Porque se alza en la

cuestión la letra y el espíritu del artículo 35 del Estatuto que impone a la agencia la obligación del secreto no sólo sobre los datos que el anunciante le suministre sino incluso sobre "la publicidad para él programada".

Si sólo se tratara de la letra del precepto , confieso que no sentiría demasiado escrúpulo, que, en cambio, me asalta al estimar que esa letra traduce irreprochablemente el espíritu que alienta en su conjunto la norma del artículo 35.

Cualquier intento de conciliación entre ese precepto y la fuerza de los hechos que impone - en ocasiones ineludiblemente - la necesidad de que las agencias recurran a los estudios, sólo puede venir, a mi juicio, por el hecho de que el anunciante haya consentido expresamente en ese recurso a alguien ajeno a la agencia y, en concreto, al estudio de que se trate.

b) Elementos objetivos. - El artículo 40 utiliza los términos "programa o plan" y "elemento" publicitarios.

Ya se ha señalado que, negativamente, se acota el contenido objetivo del contrato por excluir cuanto se re

fiere a la ejecución de la comunicación publicitaria. Pero, en cambio, se acogen en el contrato las más dispares y múltiples obras que quieran pensarse. El proyecto entero de la publicidad de un anunciante, la ideación del mensaje, la "realización" final de las piezas que lo incorporan, el estudio de un presupuesto, un análisis motivacional para fundamentar una acción publicitaria, el estudio de una estrategia de los medios para la misma, la investigación previa y posterior de la penetración del mensaje, etc. etc. son desde luego "obras" que se incluyen en la que es objeto de creación en este contrato. No hay, en efecto, razón alguna para excluirlos -ni en la ley ni en la vida- y sí, por el contrario, caben en los términos que el artículo 40 emplea, sin olvidar que el artículo 14 se refiere a que es función de los estudios la creación de "campañas".

Se advierte la amplitud de contenido que cabe en contrar a la "obra" o "creación" publicitaria. Sin embargo, me parecen imprescindibles algunas consideraciones. Porque, si en principio, se trata del fruto de una actividad del espíritu, no cabe duda de que, en ciertos aspectos, también cabrían las realizaciones cuyo objeto es precisamente la materialización de las mismas. Tan obra es el original de un folleto como éste mismo una vez impreso en multitud de ejemplares



y puestos a disposición del comitente (1). Lo mismo sucede en principio con el original para la prensa y el grabado para su reproducción, el original para la cuña radiofónica y la cuña ya grabada, igual con las películas, etc..

Por ese camino, sin embargo, se convertiría en obra publicitaria toda la que se realizara con ocasión o para ser utilizada en cualquier forma para una actividad publicitaria. No creo que sea eso lo que la ley pretende. Reduce el concepto de obra a la que realmente es fruto de la creación espiritual. Ni el grabado, ni la cuña, ni el folleto impreso, etc. entran entonces en esa categoría, si se miran desde el ángulo del grabador o impresor.

La obra publicitaria es por consiguiente una obra del espíritu. En la que podrán plantearse desde luego todas las cuestiones que se suscitan en torno a su carácter de obra compuesta o colectiva atendida la intervención de diversos sujetos en su creación.

Que pueda ser una obra susceptible de protección a través de la legislación de autor es algo que no se discute cuando se den los requisitos que sus normas establecen. Otro tanto ocurre por lo que se refiere a la tutela que puede alcanzarse a través de la propiedad industrial. Pero esto es algo que no interesa ahora, sino simplemente que se trata de

obras no materiales aunque no lleguen a merecer ser tuteladas por los cauces de las propiedades especiales.

E incluso apurando el argumento podrían sostenerse que tampoco todas las obras del espíritu que se crean con ocasión de una instrumentación publicitaria constituyen el elemento objetivo del contrato. Porque si se atiende al artículo 42 y a los artículos 70 y 71, parece que se restringe el concepto para albergar sólo a las que, en su momento, califiqué de obras del "género publicitario" (2). Sin embargo, entiendo que los preceptos mencionados no vienen en realidad a fundamentar la pretendida restricción. Sólo se refieren a que sobre determinadas obras puede ejercitarse un derecho. Pero en nada coartan la generalidad con que se expresa el artículo 40 que es precisamente el que se refiere a las obras que son objeto del contrato. A la lógica se une la dicción del mismo artículo 42 que separa la obra del género publicidad del plan o programa que son sin embargo obras según el tenor del artículo 40.

A la obra se une el precio como elemento objetivo del contrato. Tiene que ser cifrado en dinero también ahora, continuándose la intención de que sean diáfanas las relaciones en el mercado publicitario.

B) Naturaleza jurídica.-

En este caso está fuera de lugar cualquier posible discusión. No sólo porque la denominación del contrato la elimine, sino por expresar admirablemente su contenido y efectos el contrato de creación es un contrato de obra. Su inequívoca naturaleza se reconoce en el artículo 41 cuando dispone que "se regulará por lo dispuesto en los artículos 1.588 y concordantes del Código civil".

No existe en nuestro Ordenamiento una diferenciación entre contrato de obra y de empresa. Caso contrario, habría que adscribirlo a la categoría de éstos últimos.

Es mucho más sensible sin embargo que no exista tampoco una especial consideración del contrato cuando tiene por objeto la creación de una obra del espíritu. Por lo tanto, su régimen jurídico se integra en el general de nuestro ordenamiento, como reconoce la doctrina. Que tampoco deja de reconocer, por lo demás, lo fragmentario del régimen del Código civil, y su concreta contemplación de ciertas obras (3).

Por lo mismo, resulta sensible que el Estatuto se haya conformado con definir el contrato y con remitir su regulación al Código civil,

En la ley de contrato de trabajo se contempla específicamente la creación de obras del espíritu en el seno de una relación de servicios. Pero ninguna alusión se contiene en el Estatuto a tales normas. Lo que no debe impedir, en mi criterio, que se tengan en cuenta para tratar de extraer los principios que informan nuestro ordenamiento cuando la obra surge como consecuencia de una relación de servicios que evidentemente se aproxima al supuesto de la obra bajo comisión.

Muchos de los preceptos del Código civil resultan inaplicables en sus propios términos al contrato que ahora nos importa. Y alguno de los que tienen una mayor aplicación - p. ej. el 1.595 - resulta de hecho inaplicable por el carácter de empresa que el contratista tiene.

En todo caso, parece que no es propio de este lugar realizar el planteamiento de la problemática que deriva del llamado arrendamiento de obra. Será suficiente con destacar aquellos aspectos que importan en relación con el contrato de creación publicitaria.

El contrato es desde luego consensual, y le resulta aplicable lo que dispone el artículo 23 sobre libertad de formas. Pero es forzoso reconocer que hubiera sido preferible que de algún modo la ley coaccionase hacia una determina

da forma ad probationem. Porque en este contrato - y por extensión en el de publicidad - se trata fundamentalmente de establecer unos límites a la utilización de la obra publicitaria. Que es la razón, sin duda, entre otras, que lleva a las agencias a mantener la aspiración de que los contratos consten por escrito (4).

C) Contenido del Contrato.

A') Obligaciones del estudio o agencia.-

a) Realizar la obra.- La obligación del estudio o agencia en el contrato es la de realizar la obra.

Pero ciertamente es en este punto en el que se presentan las cuestiones más complejas, derivadas de lo dispuesto en los artículos 70 y 71 del Estatuto que juegan ahora singular papel.

Ya es sabido que en ellos quiere verse el fundamento de la tutela al autor de una obra publicitaria nueva u original mediante el reconocimiento de un derecho subjetivo de carácter absoluto, en paralelo al que corresponde al autor de una obra amparada por la propiedad intelectual.

Y en correspondencia con ello, se sostiene que ese derecho no circula ni por virtud del contrato de servicios

que vincule al autor con la empresa en cuyo seno surgió ni tampoco a través de los contratos publicitarios. Sólo el derecho a la utilización es el que se dispone por esos cauces. De modo semejante a como, por ejemplo, dispone el autor de la utilización de su obra por virtud del contrato de edición, sin mengua ni perjuicio de su derecho de propiedad intelectual.

La tesis se lleva al campo publicitario aun en los sistemas que no conocen normas como las nuestras citadas - incluso por los tratadistas más remisos a admitir que las obras publicitarias puedan ser objeto de propiedad intelectual - cuando no obstante se les reconoce esa cualidad . (5).

Se advierte entonces cómo realmente un pretendido derecho distinto al de autor sobre las obras publicitarias llega a los mismos resultados que el que corresponde al autor en sentido propio.

No es cuestión de repetir lo que ya en el Capítulo III de esta tesis me esforcé en argumentar.

Pero parece indispensable volver ahora sobre la cuestión en lo que interesa desde el punto de vista de la

relación entre el anunciante y el estudio o la agencia que tiene por objeto justamente la creación de una obra publicitaria. Lo que servirá también para aplicarse a aquella otra relación que como la "de publicidad" no tiene como contenido único tal creación.

Si con SCRDELLI se repasa la jurisprudencia italiana sobre la cuestión (6), se advierte que tanto ella misma como un sector de doctrina se han esforzado en mantener una diferenciación entre los casos en que la obra es objeto del contrato y los que ese objeto viene constituido por la prestación que consiste en el acto de creación de la obra. En cuyo caso el comitente adquiere los derechos sobre la obra misma.

Pues bien, entiendo que desde luego la teoría es estimable. Y por cierto que aplicable en todo al contrato de creación configurado en nuestro Estatuto, que en su misma denominación evidencia que a lo que se obliga la agencia o el estudio no es a transmitir un derecho sobre la utilización de la obra sino a crearla para otro, el cliente.

Sin embargo, la cuestión es todavía más clara cuando del terreno de los principios dogmáticos se descien-

de al de la realidad. Que en nuestro caso es además ineludible. Porque ya no es necesario plantear el problema en el campo general del derecho de autor sino en el concreto del derecho de autor publicitario.

Como ya se adujo, la obra publicitaria sólo tangencialmente tiene que ver en cuanto tal con una obra de las tuteladas por el derecho de autor. Sin negar, por cierto, que pueda alcanzarle esta tutela, pero ya no en cuanto publicitaria.

Porque en esos límites de su naturaleza, la obra no admite un general goce autónomo que fundamente el derecho del autor a una compensación económica. La obra publicitaria no tiene valor fuera del contexto de la publicidad. Y ese valor es el que debe representar una compensación para el autor. Que la obtiene precisamente en cuanto la hace circular a través de los contratos publicitarios.

El interés del autor publicitario se hace patente frente a la otra parte en esos contratos, y lo que la ley ha querido dejar establecido es que no por virtud de los mismos se desprende el autor de su derecho a una compensación proporcional a la utilización que de la obra quiera realizarse. En contra de lo que habitualmente venía ocurriendo en el mundo de la publicidad, en que realmente, incluso de buena fe, se



ignoraba hasta dónde llegaba el derecho del autor y el del anunciante sobre la obra. La duda ahora se disipa en cuanto que se parte del principio de que es el autor quién impone los límites a esa utilización por el anunciante. Y para que no se vea burlado se le concede el derecho a oponerse a una imitación de su obra. Lo que inevitablemente plantea la cuestión que la ley resuelve de determinar claramente esa obra a través de su carácter original o nuevo.

El contrato de creación puede además celebrarse entre el cliente y la agencia o el estudio porque son éstos los que tienen el derecho de disponer de la obra publicitaria que se haya creado en su seno, según las reglas generales, que no son desconocidas, a pesar de su apariencia, por el sistema de los artículos 70 y 71 del Estatuto (7).

Un contrato publicitario de obra o de publicidad no da en ningún caso derecho al anunciante o a quién del autor traiga causa a utilizar la obra para fines que no sean publicitarios. Terminante declaración que aleja cualquier duda también antes planteada sobre si el hecho de haber confeccionado unos originales para publicidad en prensa del anunciante con un muñeco o un motivo decorativo determinaba que éste pudiera disponer de ese diseño a su antojo, incluso para comer

cializarlo como bien en sí. Pero a esos límites genéricos que pudiéramos llamar, se unen además los específicos que ya se han mencionado y que garantizan al autor la compensación por el uso a los fines de la publicidad.

Y por eso el artículo 42 del Estatuto, único en verdad que se destina al contrato de obra, señala que de no haberse pactado otra cosa, la utilización por la que el autor ha recibido la contraprestación del contrato alcanza a toda la que se comprenda en el plan o programa previsto. Lo que no quiere decir que las reservas puedan constituir supuestos de restricción en la competencia - que es contra lo que previene la Orden de 23 de Junio de 1.966 sobre los contratos del medio cine -, sino que las partes pueden determinar lo que estimen conveniente sobre la utilización y la compensación que por ella sea debida.

Se advierte que al igual que ocurría en los otros contratos la prestación de la agencia es por supuesto lícita - salvo que objetivamente no lo fuera (8). Pero evidentemente cuando se acude al creador es porque se desea obtener una obra publicitaria, ésto es, una obra comunicable al público. Cualquier otra consideración del mérito artístico o científico o literario cede ante la verdadera causa del contrato para el

cliente, que es obtener a cambio de dinero una obra comunicable.

También ahora es necesario por consiguiente tener muy en cuenta la profesionalización del estudio o agencia. Por que ciertamente su creación no se mueve sólo ni principalmente por la inspiración del creador sino que inmediatamente se sujeta a condicionamientos de un doble orden.

De un lado, los que vienen impuestos por la actividad principal del anunciante. La obra es fruto de una inspiración indudable pero de una inspiración aplicada. De unas técnicas.

Por otra parte, la comunicación publicitaria queda sometida a una disciplina fuera de la que resulta ilícita. Al estudio o agencia es exigible que la obra sea susceptible de difusión que no merezca la calificación de ilicitud.

Por lo tanto, aunque el Estatuto no lo diga, la obra no se deja a la total y libre inspiración del creador. Aun en los casos en que su iniciativa sea máxima habrá tenido que contar con una realidad que el cliente le suministre. Y en este punto, creo que resulta de total aplicación lo que dispone, para el contrato de publicidad, el artículo 34 del Estatuto. Porque precisamente el deber de acreedor que impone se piensa en función de

"la realización de la campaña".

Es posible afirmar que siempre la creación se somete a instrucciones del cliente. Que pueden ser más o menos amplias, o incluso limitarse a ese suministro de datos "racionalmente necesarios", pero que en todo caso existen.

Por lo mismo, también puede afirmarse que la obra publicitaria se vincula a la actividad principal del anunciante, y que ni siquiera en su nacimiento es en verdad plenamente autónoma (9).

El aspecto subjetivo de colaboración y objetivo de subordinación o instrumentalidad están presentes, por definición, en las relaciones que traban las agencias y los estudios en el desempeño de sus funciones típicas.

Consiguientemente, toda creación publicitaria se entiende que se realiza bajo la reserva de que la obra "se ha de hacer a satisfacción del propietario". Y es el anunciante a quien compete su aprobación.

Pero por idénticas razones, sólo que desde diversas perspectivas, los márgenes de la facultad aprobatoria o reprobatoria del cliente no pueden ser sólo los que determinen su mero arbitrio fundamentado en su gusto personal. La tecnificación presente en la actividad creativa y el profesiona-

lismo de quienes la ejecutan enmarcan el ámbito de las decisiones en este orden. Y me parece que de este modo resulta aplicable lo que dispone el artículo 1.598 del Código civil. En cuanto que la obra publicitaria es susceptible de soportar una valoración pericial. Que deberá tener presente que nunca en la publicidad que se ejecuta para otro se responde del resultado último o ulterior sino del próximo que consiste en las funciones típicamente publicitarias de captación de la atención del público, recuerdo del nombre o de la marca, y motivación para contratar (cfr. arts. 37 y 53 EP).

Incidentalmente pienso que hay que decir que puesto que se admite que sean las agencias quienes contraten con los estudios, el "tercero" a que se refiere el artículo 1.598 del Código civil no será en tales casos el anunciante. En aquella relación se descubren los elementos de la subcontrata, y evidentemente entre las partes habrá que decidir la cuestión por un juicio pericial. Del mismo modo a como habrá que resolver, en su caso, en la relación principal de la contrata.

No creo que pueda albergarse duda respecto de que si el estudio o agencia realiza una obra que no se ajusta a los standards que impone la disciplina de la publicidad, de lo que se trata es de un incumplimiento del contrato de crea-

ción. Y no desde luego de que éste tenga un objeto ilícito .  
Que sólo se dará en el caso de que la ilicitud devenga de  
la actividad del anunciante que es el contenido del mensaje .  
Pero entiendo que se puede tener aquí por reproducido cuan  
to ya se ha argumentado en relación con el alcance de la  
responsabilidad de la agencia. Porque no creo que pueda  
medirse en todos los casos de igual modo. Destacándose sin  
gularmente, un punto a la mayor debilidad de aquel deber ,  
lo relativo a la lesión de los derechos de los terceros que  
en verdad sólo puede llegar a conocer el estudio o la agen  
cia a través de la información suministrada por el propio anun  
ciante.

Independientemente de cuanto se ha expuesto, me  
parece obvio que al estudio o agencia debe reconocerse en to  
do caso la paternidad de la obra. Y, en consecuencia, no con  
sidero un atentado al derecho de los anunciantes que se les  
reconozca a aquéllos el de firmar sus obras. Que es también  
aspiración que parece advertirse en la mayoría de las agen -  
cias, aunque ignoro en verdad la razón por la que en nuestro  
país algunas de las más importantes introdujeron la práctica  
de no firmar sus creaciones, y haciendo gala de ello (10) .

Sin embargo, incluso desde un punto de vista general, es forzoso reconocer que incluso debería imponerse como un deber que se firmasen las obras. Pues como señala el Informe del Comité del Partido Laborista británico, ello comportaría un más alto nivel de la publicidad y disuadiría de realizaciones poco prestigiosas (11).

Como se habrá observado lo expuesto hasta aquí realmente no se refiere a toda "obra publicitaria", sino sólo a algunas de ellas. Concretamente, a las que se constituyen por la ideación del mensaje, y su incorporación a una serie de piezas o elementos que una vez ejecutados van a configurar la expresión motivacional.

Son esas obras ciertamente las más conflictivas, porque respecto a las demás que pueden ejecutarse en cumplimiento de un contrato de creación las dudas no se suscitan. El proyecto de una utilización de medios, la distribución de un presupuesto, etc. no plantean en efecto problemas.

b) Obligación de fidelidad. - Guarda el Estatuto silencio en este punto, que por ser de la mayor trascendencia no creo que obligue al intérprete a considerar que no se impone al estudio o agencia un deber de lealtad.

Las mismas razones que aconsejaron introducirlo positivamente en el régimen del contrato de publicidad están también presentes ahora.

Porque en ambos casos, se trata de que la agencia o estudio realiza una actividad subordinada o que se va a subordinar a la actividad principal del anunciante.

El matiz subjetivo de colaboración exige una mutua confianza y se traduce en una especial obligación de fidelidad.

Mantener en secreto los datos recibidos del anunciante e incluso los proyectos que para él se realizan no sólo puede ser un deber moral o deontológico sino que se impone como obligación al estudio o agencia, de acuerdo, por analogía, con el artículo 35 del Estatuto.

Y entiendo que, dada la amplitud del concepto de obra y atendido lo que acontece en muchas ocasiones en la vida práctica, esa obligación general de fidelidad que impone el artículo 35 incluso también podrá concretarse en la específica que se contempla en el artículo 36 por lo que se refiere a la no dirección de campañas de artículos o servicios en concurrencia cuando se acepte la de una de ellos en exclusiva. Será el caso en que un estudio o una agencia elaboren



todos los programas y proyectos de la publicidad de un anun  
ciante que sin embargo acude a otros cauces para ejecutar la  
comunicación al público.

No veo razón para eximir en tal supuesto a la  
agencia o al estudio de la obligación fundamental de fidelidad  
y de anteponer el interés del anunciante al propio. Por el  
contrario, estimo que existe el mismo presupuesto de hecho  
que fundamenta la inspiración de la norma.

B') Obligaciones del cliente.-

a) Recibir la obra.- En el ámbito publicitario  
me parece fundamental configurar autónomamente esta obliga  
ción del comitente. Porque en relación con las obras sobre  
las que cabe un juicio estético, no es nada anormal que el  
anunciante considere que hasta que se le da la que satisface  
el suyo personal no surge la obra sino "bocetos" sobre los  
que se reserva la facultad de aprobación de modo indefinido.

Una indudable pugna de intereses se evidencia  
en la materia, sobre la que sorprendentemente nada resuelve  
la ley en especial. Sólo el artículo 39 del Estatuto parece  
referirse a ello, y eso para introducir el criterio que pudie  
ra estimarse como protector del interés del anunciante.

Pero es sabido que, en mi opinión, el artículo 39, a pesar de su situación desafortunada, no se refiere a los supuestos de contrato ya perfecto, sino a la fase precontractual.

Lo que deja en libertad al intérprete para decirse en esta cuestión de tanta trascendencia para estudios y agencias, habida cuenta lo costoso de la realización de un proyecto. Su interés sin embargo no debe llevar a desconocer el no menos legítimo del anunciante.

Sólo una composición armónica de ambos merece ser considerada. Se ha venido señalando la importancia que para el anunciante tiene la expresión motivacional o sus mensajes. También que la creación de la obra se sujeta a las instrucciones del comitente. Pero igualmente no debe olvidarse que una vez cumplidas las mismas, el estudio o la agencia han cumplido con su obligación.

Dadas las características de la obra será necesario para proteger al anunciante contar con un anteproyecto o unos "bocetos" y darle la oportunidad de que resuelva incluso sobre los detalles de su realización final. Pero ésta es ya la obra cuya creación era la prestación del estudio o agencia.

Y aunque deba entenderse que el propietario se reserva la aprobación, en virtud del artículo 1598 del Código civil, se confía, en su caso, al juicio pericial.

b) Obligación de pagar el precio.- Nada especial hay que señalar al respecto. Desde que se recibe la obra o surge la obligación de recibirla, según lo que acaba de exponerse, comienza la obligación del anunciante - o del cliente - a pagar el precio convenido. En el tiempo y en la forma que se haya pactado.

Precio que necesariamente habrá de haberse de terminado en dinero.

D) Extinción del contrato. -

Ya se dijo que la norma básicamente referida a obras espirituales en el Código civil, que es el artículo 1595, resulta difícilmente aplicable al supuesto. Desde el momento que el estudio o agencia se configuran como empresas.

Sin embargo no es infrecuente en publicidad que el anunciante recurra a una agencia o estudio precisamente en razón de la pertenencia a su organización de determinada persona en la que se confía plenamente. Y es claro que en el contrato de obra - y en el de publicidad en lo que aquel tiene de paradigmático para éste - puede apreciarse de modo singular ese relieve personal.

Ello no obstante, siendo un contrato de empresa no me parece que exista cauce para sostener que la muerte de esa persona relevante o la imposibilidad de que concluya la obra pueda ser causa de una extinción del contrato. Sólo en aquellos casos - tampoco raros - en que el contrato se haya celebrado con el estudio o con la agencia a virtud de la exclusiva que gocen respecto de la actividad creativa de una persona que trabaja de forma autónoma, podría encontrar aplicación el artículo 1595 del Código civil. Pero obviamente ya no se trataría del contrato de obra o creación publicitaria que se concluye por el estudio o la agencia en su propio nombre y por su cuenta.

Por lo demás, al mismo resultado de hecho se llega por el otro camino clásico de los contratos de obra que brinda el artículo 1594 del Código civil. Si bien en el aspecto económico no sean iguales las consecuencias para el cliente.

Que el desistimiento unilateral que consagra el último precepto citado sea modo de extinguir el contrato de creación, no creo que pueda discutirse. Y no ya sólo por las razones generales de que debe considerarse aplicable a todo contrato de obra. La razón fundamental reside en la invocación que el artículo 41 del Estatuto hace a los preceptos del Código

civil relativos al llamado arrendamiento de obra.

Y es entonces obligado concluir que las consecuencias del desistimiento son las que expresamente determina el artículo 1594 de nuestro primer Texto sustantivo civil.

## II - EL CONTRATO DE MEDIACION O COMISION PUBLICITARIA.-

Contempla finalmente el Estatuto el contrato que llama "de mediación o comisión publicitaria", al que destina el Capítulo IV del Título IV, abarcando los artículos 54 á 59, ambos inclusive.

En rigor, como ya se señaló, esta figura contractual excede las que con carácter típico se constituyen en la actividad publicitaria, entendida, como la entiende la ley, en el sentido de la encaminada a instrumentar el mensaje y a ejecutar la comunicación.

La introducción de este contrato obedece también a una vocación integradora de la ley que no quiere dejar desatendida ninguna de las relaciones que se hacen evidentes en el campo de la publicidad. Porque es lo cierto que, evolucionan las agencias hacia las formas y funciones que nos son co

nocidas, las que históricamente cumplían son hoy asumidas por los llamados agentes de publicidad, cuya actividad característica se conecta a la típicamente publicitaria de instrumentar el mensaje y ejecutar la comunicación.

Desde el punto de vista de la instrumentación, es obvio que la conquista de los clientes por las agencias tiene una indiscutible trascendencia. A ella se consagran los agentes. Que también atienden a la canalización de los presupuestos publicitarios hacia determinados medios, incidiendo de este modo su actividad en la que realizan las agencias, puesto que, a pesar de su reconocida evolución - o precisamente por ella - son quienes deciden la elección de los soportes que van a utilizarse en las acciones publicitarias de los anunciantes. Sin olvidar que muchas veces un agente determinará directamente a éstos últimos al empleo de ciertos vehículos publicitarios de espaldas o por encima de las propias agencias.

El deseo clasificador de las actividades que se ejercen en el campo de la publicidad ha llevado a la ley a configurar los llamados "sujetos de la actividad publicitaria" y dentro de ellos a los agentes. Y en consecuencia con tal designio, no ha querido dejar ahora tampoco sin régimen especial la re

lación jurídica en que se traduce su actividad habitual.

La regulación del contrato de mediación obedece, pues, a esta razón, que pudiéramos llamar subjetiva, a la vez que a la objetiva que es la de que efectivamente los agentes de sempeñan sus funciones en íntima conexión con las que propiamente constituyen la actividad publicitaria.

Y no puede olvidarse, por lo demás, que en este punto se hacen patentes frecuentes situaciones conflictivas. Agravadas por la ausencia en nuestro Ordenamiento positivo del régimen jurídico de la mediación. Del que sólo fragmentariamente se ocupa en relación con determinados y específicos "agentes".

De la simple lectura del Capítulo IV del Título IV del Estatuto se deduce la consecuencia de que la ley ha partido también ahora de una observación atenta de la realidad para extraer de ella los puntos de fricción que merecían un esclarecimiento. Pero si el método resulta plausible, no creo que justifique, sin embargo, el olvido de la construcción dogmática que se muestra útil precisamente para la solución mejor de los conflictos. Porque ciertamente creo que puede afirmarse que en este contrato, es donde se muestra de manera más ostensible la ausencia de rigor técnico (12).

A) Concepto y naturaleza.-

Se recoge el concepto del contrato en el artículo 54 para el que es tal el celebrado "entre un agente de publicidad y las agencias o los medios que tenga por objeto gestionar en favor de éstos o de aquéllas la celebración de contratos de publicidad o de difusión con los clientes".

La generalidad con que se expresa el precepto justifica la vacilante denominación del contrato como de "mediación o comisión publicitaria". Porque "gestionar la celebración de contratos" tanto puede significar una actividad estrictamente mediadora como la típica del comisionista.

En realidad el artículo 54 no define el contrato de mediación en el campo de la publicidad, sino que contempla sólo la actividad de unos sujetos, llamados agentes, frente a otros, las agencias y los medios, que son quienes asumen las funciones de instrumentar y ejecutar los actos de publicidad.

Vuelve a ser imprescindible romper el cerco de la definición legal para extraer una noción útil.

El sentido del artículo 54 ha de integrarse con la especificación de las funciones del agente que se contiene en el artículo 13 del Estatuto, para el que son las de la "pura mediación".



De acuerdo con la doctrina jurisprudencial y científica, nacional y extranjera, y con el derecho comparado, resulta contradictorio con la esencia del contrato denominarlo indistintamente de mediación o comisión. Puesto que si la gestión del agente es simplemente mediadora no intervendrá él en la conclusión de los negocios a que ordena su actividad. Se limitará el agente a señalar la oportunidad de concluirlos, pondrá en relación a las partes y servirá al concierto de la voluntad contractual "eliminando diferencias y logrando la avenencia" (13).

El corretaje (14) implica la no intervención del corredor en la conclusión del negocio. Y en caso contrario, ya no se tratará de corretaje sino de un supuesto de comisión en el que la función del comisionista excede la de la "pura mediación".

La contradicción legal no se reduce a la mera cuestión del nombre con que se designa el contrato. Porque el artículo 55, a sensu contrario, permite que el mediador actúe como representante del oferente en el negocio de realización. Lo que tampoco salva la denominación de la censura, porque no sólo no todo mandato es representativo sino que, al revés, lo típico del comisionista o mandatario es actuar en su

propio nombre (15). Acentuándose lo contradictorio de admitir como posible la representación en una función de "pura mediación".

No cabe duda que ante la letra del artículo 13 y la norma del artículo 55, es aquélla la que debe ceder en aras de una interpretación útil, que supere la contradicción. Para lo que resulta indispensable reconocer la ausencia de rigor técnico con que se emplea la expresión "pura mediación" en el Estatuto.

La ley está pensando en el contexto de la actividad publicitaria, que se desenvuelve a través de dos grandes apartados. El de la instrumentación del acto y el de su ejecución. Pero no quiere olvidar la función de captación de clientela mediante un contacto humano que para las agencias resulta útil y para los medios casi imprescindible desde que aquéllas han dejado de cumplirla en aras de su tecnificación. Se trata entonces de darle cauce a través de una figura contractual que sea la que típicamente concluyen los "sujetos" que la realizan. Y en la preocupación por mantener clasificadas todas las actividades, la ley califica a la de captación de clientes como de mediación, queriendo expresar que no afecta a ninguna de las otras que se contienen en los dos grandes capí

tulos de la publicidad.

El término tiene, pues, un sentido meramente negativo. Importando poco que el "mediador" sea simplemente tal o actúe como representante. Lo definitivo es que ni asume la función instrumentadora frente al anunciante ni la de difusión frente a él o la agencia. E incluso para que no haya dudas, y en vista del mecanismo de la representación indirecta, se prohíbe al mediador que actúe como comisionista (art. 55 E.P.).

La ley se refiere sólo a la intervención del agente en los contratos de publicidad y de difusión. Pero no veo razón alguna para considerar excluidos los de obra o creación publicitaria. Y más bien creo que la omisión se debe a inadvertencia antes que a un deliberado propósito de excluirlos.

Agencias, estudios y medios son los oferentes o principales del agente en el contrato de mediación publicitaria.

Al tratar en el Capítulo IV de los agentes se señaló su similitud con los de seguros. Su función es la de captar clientes para las agencias y los medios. La actividad es, pues, la de "producción" publicitaria. Que se reserva en el Estatuto a los agentes de publicidad inscritos y habilitados.

Pero en este punto se hacen convenientes unas consideraciones que serán útiles además para aclarar el verda

dero sentido y naturaleza del contrato de mediación previsto en el Estatuto.

Cuando éste se enfrenta a la mediación en el campo de la publicidad, lo hace atendiendo al sector o parcela que se descubre desde la perspectiva del agente frente a quienes profesionalmente concluyen contratos de publicidad y de difusión.

Guarda silencio el Estatuto sobre quién puede ser oferente en el contrato pero de su espíritu y de su letra se deduce que sólo atiende a los derechos y obligaciones que surgen entre los agentes y las agencias o los medios. Y desconoce que la solicitud de la función puede provenir de los anunciantes.

Este hecho, unido a la no obligatoriedad de la intervención de los agentes en la contratación publicitaria creo que justifica sostener que el contrato de mediación previsto no agota cualquier posible mediación que se produzca en este campo. Y que, por consiguiente, las consecuencias de una intervención por quien no es agente desencadena las sanciones administrativas y penales que, en su caso, correspondan pero sin que trasciendan a la relación contractual por la que el mediador en tales casos se encuentre amparado (16).

A lo más que en esta materia pudiera llegarse es a negar que a esa relación le fuera aplicable el régimen establecido en los artículos 54 a 59 del Estatuto. Cuestión que no tiene demasiada importancia porque, como se verá, ni es un modelo que resuelva todos los problemas ni en lo que resultaría aplicable al caso se aparta de lo que con carácter general tiene reconocido la doctrina y la jurisprudencia para cualquier supuesto de mediación. (17).

El estatuto tipifica el contrato de mediación publicitaria como marco de los derechos y obligaciones del agente cuya actividad profesional es la de gestionar contratos para las agencias y los medios. Pero nada más.

Y no ha traído ahora aparentemente a primer plano la diferenciación que en su artículo 13 tiene establecida entre agentes libres y agentes afectos, no obstante su relevancia en este punto.

Siguiendo al Profesor SANCHEZ CALERO en relación a los agentes de seguros debe admitirse que el contrato entre un agente libre y una agencia o un medio es el típico de mediación o corretaje, mientras que es de agencia el que vincula al agente afecto (18).

De este modo se justifica desde luego que no só

lo se denomine de mediación el contrato. Aunque no debió el Estatuto referirse a la comisión sino a la agencia.

En efecto, el agente afecto se encuentra ligado por un vínculo de colaboración estable además de poder actuar como representante del principal. Y ambas notas son "fuente u origen de obligaciones diversas del corretaje" (19).

Se echa de menos en este punto una terminante disposición sobre la naturaleza mercantil y no laboral del contrato (20). Que sin duda hubiera soslayado la aplicación de las normas laborales sustantivas y procesales que tan atractivas y expansivas se muestran en la actualidad. Porque en la actual orientación jurisprudencial se diferencia entre la responsabilidad por el buen fin de soportar el riesgo de que no surja derecho a la contraprestación sino por el resultado de la actividad (21).

Pero en este orden de cosas, no creo que puede silenciarse la peculiar situación que ocupan los medios en el campo de la publicidad. Que me parece que hace artificioso reconocer que existe vínculo contractual entre ellos y los agentes libres.

Porque en sus condiciones de contratación han

de tener previstas las bonificaciones que concedan a los agentes. Y ex lege se les impone la obligación de paridad de tratamiento a todos ellos (arts. 45 y 51 EP). Consiguientemente, el medio no puede basar su negativa a concluir el contrato que el agente propone sino en la justa causa que como reservas a la obligatoriedad de contratar le están reconocidas. Ni tampoco puede concertar con ese agente unas condiciones económicas discriminatorias respecto de otras.

Intentar mantener, en estas circunstancias, la existencia de un vínculo contractual entre el agente libre y el medio me parece un artificio inútil, además de una inconsecuencia.

Porque es obvio que el derecho fundamental del agente es el de obtener una remuneración. Y ésto justamente es lo que se reconoce también por los medios a las agencias de publicidad a las que tampoco pueden aplicar condiciones discriminatorias. Si se piensa que entre el agente y el medio existe una relación negocial de mediación por el mismo criterio debe admitirse que exista una idéntica entre la agencia y el medio. Y ésto resulta insostenible porque contradice la naturaleza de la relación jurídica que vincula a las agencias con los anun

ciantes y con los medios, que es lo que explica la razón por la que el Estatuto no concibe un solo instante a las agencias como mediadoras.

El derecho del agente libre a la remuneración del medio surge por virtud de producirse el hecho condicionante de su actividad para la conclusión de un contrato de difusión, que desencadena la obligación ex lege para el medio de cumplir su promesa de retribuir.

En resumen, estimo que existe un contrato de mediación entre el agente libre y una agencia de publicidad . El contrato es de agencia cuando el agente está afecto a una de publicidad o a un medio.

En todo caso, el contrato es siempre retribuido aunque no lo diga el artículo 54 al dar la noción del mismo. Incluso, la retribución se prevé como elemento esencial del contrato, de modo que no puede ser renunciado el derecho del agente a la retribución (art. 57 EP).

#### B) Forma y prueba del contrato.-

Tampoco es muy afortunado el Estatuto en lo relativo a la forma del contrato de mediación.



La regla general para todos los publicitarios se contiene en el artículo 23 que, como es sabido consagra el principio de la libertad de formas para que exista y sea válido el contrato.

Es el artículo 56 el que se refiere a la prueba del de mediación. Y, según se inicia el precepto, parece que sólo puede admitirse la forma escrita. Excluyéndose cualesquiera otro medio de prueba a excepción de la supuestamente de presunción que el mismo artículo 56 contempla. Y que en realidad se fundamenta en el valor de un reconocimiento por las partes en el contrato principal de la intervención del agente, que equivale a una confesión extrajudicial que la ley reputa suficiente.

Pero creo que el Estatuto no ha tenido en cuenta que los contratos de publicidad y de difusión no se someten a formalidad alguna, ni sustancialmente ni como medio de prueba.

La fórmula del artículo 56 resulta en extremo ambigua. Porque lo mismo puede "hacerse constar" la intervención del agente verbalmente que por escrito. Lo que plantea todos los problemas de la prueba no ya sólo de la existencia misma del contrato de publicidad o difusión sino de que en ellos se

"hiciera constar" el nombre del agente. Con lo que desde luego no se gana en seguridad.

En todo caso, el artículo 56 refuerza la tesis de que el contrato de mediación no se sujeta a forma sustancial alguna y que, por lo tanto es aplicable lo dispuesto en el artículo 1279 del Código civil.

Pienso que el artículo 56 del Estatuto en realidad ha involucrado dos cuestiones diversas. Como lo son la existencia del contrato de mediación y la efectividad de la intervención del agente. De que aquél exista no se deduce ésta. Mientras que demostrar que las partes en el contrato principal han hecho constar el nombre del agente como signo de su efectiva actividad seguramente entraña más dificultades que probar "por alguno de los medios que el derecho civil tiene establecidos" la existencia del contrato de mediación.

Lo que la ley ha querido sin duda expresar es que no cabe oponer al agente que reclama su derecho a la retribución ni incluso la inexistencia del contrato cuando se ha reconocido su intervención. Por eso habla la ley de que "se presume existente el contrato". Pero al formular la regla lo hace impropriamente por referencia a la carencia de uno de los medios

de prueba de su existencia como es la forma escrita. Estimo que el reconocimiento a que el artículo 56 se refiere ha de ser expreso e indubitado, pero que, en cambio, el contrato de mediación puede probarse por cualquier medio.

Persistiendo, sin embargo, en la confusión y el olvido de sus propias disposiciones, el inciso final del artículo 56 contiene una regla que en sus propios términos es contradictoria con el sistema. Porque al agente se le podrá dar una copia del contrato principal cuando conste por escrito. Pero no puede imponer que se formalice de tal modo por el hecho de su mediación, como se desprende del artículo 23. El artículo 56 se refiere, como es obvio, a los supuestos en que el agente haya actuado como simple mediador. Ninguna regla contiene el Estatuto sobre el contrato de mediación que en realidad sea de agencia. Y puesto que la representación es dato que se añade y no es esencial a la función del agente, ante el silencio legal creo que habrá de estarse a las reglas generales en la materia.

C) Contenido del contrato.-

Dada la ambigüedad de los términos legales y la ambivalencia del contrato, no es factible reducir a esquema único el contenido del contrato.

Sin duda, por eso mismo el Estatuto no es muy explícito en esta materia. Lo que resulta lamentable teniendo en cuenta el carácter atípico de los contratos de mediación y de agencia en nuestro Derecho,

Se ha limitado la ley a señalar los puntos que normalmente suelen ser más controvertidos centrándolos en los derechos del agente, pero sin resolverlos siquiera en toda su complejidad, y únicamente disponiendo lo que está muy presente en la doctrina científica y jurisprudencia.

No puede interpretarse que el silencio sobre las obligaciones del agente se deba a que no le incumbe ninguna, sino a la dificultad de señalarlas con carácter unívoco, y acaso a la vacilante comprensión de la relación contractual misma por parte del legislador. Que en este orden evidencia sin duda alguna que se ha resuelto por hacer alusión al contrato en virtud sobre todo de las razones de ordenación del mercado publicitario. Es prueba de ello el inciso inicial del artículo 57 que prohíbe a los agentes ceder a los anunciantes su retribución. Que la cedan o no es algo que no afecta a la relación obligatoria. Se les impone la prohibición para evitar una competencia a través de esa arma que se reputa por la ley como indeseable en el mercado publicitario. Sobre todo por

lo que tendría de lesivo para las agencias de publicidad.

No voy a plantear aquí la problemática del contenido de un contrato de mediación o de agencia. Habrá de estarse a lo que la doctrina más autorizada tiene señalado (22), y resulte aplicable al supuesto de la publicidad. En definitiva, desde luego será en cada caso el propio contrato el que determine su contenido.

Por lo que ahora interesa, el Estatuto contiene tres preceptos en los que contempla el derecho fundamental del agente a la retribución, que se declara irrenunciable . (art. 57).

El artículo 58 expresa la regla que nadie discute de que la retribución se debe desde que el contrato principal se concluye. Pero, en cambio, no dice nada sobre cuándo se considera concluido ni sobre las consecuencias de la no conclusión por malicia del oferente o de las que derivan del supuesto de que se concluya con fraude al agente. Son éstos justamente los puntos conflictivos.

La doctrina sostiene que la actividad del mediador o del agente, en sentido propio, que sea simplemente mediador debe ser causa próxima de la posterior conclusión del contrato, aunque no sea ni la única ni la principal (23). Co

mo es natural si el agente obró como representante no hay problema. Desde que el contrato es "jurídicamente existente" y se aprecia nexo de causalidad entre la actividad del agente de publicidad y su celebración, se le debe la retribución.

El dolo del oferente en la negativa a concluir el contrato hace aplicable, en opinión de algún autor, el artículo 1.119 del Código civil (24).

El "fraude al mediador" se estima que mantiene el derecho a la retribución, con independencia de las consecuencias del dolo (25). Algo se apunta sobre este particular en el artículo 59.

En cambio, el artículo 57 impone como forma única de retribución la "comisión", con lo que exige que se mantenga una proporcionalidad entre el valor del contrato principal y el premio que recibe el agente de publicidad. Hasta el punto de sancionar con nulidad "todos los actos que alteren la esencia de la comisión como único medio de pago". Lo que supone que será nulo el contrato en que se prevea una forma de pago diferente a la porcentual.

Imposición tan rigurosa creo que tiene una repercusión indudable sobre un punto respecto del que tampoco expresamente se dispone nada. A saber, el de la vinculación

del derecho del agente de publicidad a la ejecución del contrato en el que intermedió. Porque si de la letra del artículo 58 se deduce que el derecho surge por la simple conclusión del contrato, no creo que ello implique necesariamente que no haya de tenerse en cuenta la efectiva ejecución, que es algo que se desprende de la proporcionalidad que se intenta al imponer la comisión como forma única de remuneración.

Ello se deduce además de la esencial revocabilidad del contrato de publicidad y de la posibilidad de desistimiento unilateral en el de difusión. Ya que no sería justo que en tales casos el agente de publicidad no soportara proporcionalmente sus consecuencias.

Como se advierte, no es que el agente garantice al oferente el cumplimiento del contrato principal por la otra parte. No garantiza absolutamente nada. Y su derecho existe desde que se concluyó aquél contrato. El agente participa del derecho del oferente frente a su contraparte por la ejecución del contrato aunque ésta última no haya cumplido.

Y puesto que ninguna norma de extorno de la comisión se impone y puesto que las prestaciones de las partes en los contratos de publicidad y de difusión son divisibles cuando se refieren a más de un acto, estimo que igualmente debe

dividirse la percepción de los agentes.

Tal como se configura el contrato en la ley, la obligación de retribuir al agente corresponde en todo caso a la agencia o al medio, pero nunca al cliente.

Es dentro de este general derecho a la retribución donde tiene sentido el de clientela de los agentes que se contempla en el artículo 59 del Estatuto.

Se traduce en una obligación negativa a cargo de la agencia o el medio oferente. La de abstenerse de actuar cerca de los clientes del agente para obtener los contratos directamente.

La extensión y contenido del derecho se confía al Estatuto Profesional de los Agentes.

El artículo 59 si bien contempla un supuesto próximo al del "fraude al corredor" no es exactamente el mismo. Porque parte del hecho de que esté concluido el contrato. Sin embargo, responde a idéntica finalidad. Se trata de que el agente no se vea perturbado en su derecho a la remuneración que se le debe por el éxito de su actividad.

Ahora bien, la obligación del oferente cesa "cuando el agente no obtiene la renovación del contrato" (26).

Si con la doctrina dominante se entiende que no



es necesario que la actividad del agente sea causa única y ni siquiera principal de la conclusión del contrato, pienso que el oferente sí puede intervenir cerca de su cliente para obtener la renovación del contrato aun antes de que se haya extinguido. Siempre que con ello no quiera negarse el derecho del agente a la retribución si la renovación se obtuviera. A ello autoriza la misma letra de la ley que prohíbe al oferente no cualquier actuación cerca del cliente sino la que "atente" contra el derecho del agente a la retribución por la conclusión de los contratos de su oferente con la clientela que él ha "hecho" (27).

Pero el inciso final del artículo 59 es fundamento a una doble consecuencia. De un lado, que aunque el derecho a la clientela se formula desde el lado pasivo de la obligación del oferente a no perturbar ni desconocer el derecho del agente a la retribución, en realidad por vincularse al contrato principal, este derecho "vive tanto como vive el contrato", por encima en consecuencia de la propia pervivencia del contrato de mediación. Lo que es base suficiente para admitir que el Estatuto reconoce el derecho a la compensación del agente semejante al "valor de cartera" de los agentes de seguros. Que procederá en los casos que la doctrina recono

ce con carácter general.

Por otra parte, creo que el final del artículo 59 desconoce un derecho que puede corresponder al agente de publicidad cuando el contrato no es de mediación sólo sino de agencia. Sin duda por la deficiente separación entre los dos supuestos.

Se trata del derecho a obtener retribución por las operaciones celebradas con quien fue atraído al oferente por el agente aunque ya no haya participado éste en ellas. El derecho a que el agente sea retribuido en tales casos se reconoce por nuestra mejor doctrina (28), pero no cabe en los términos del artículo 59 del Estatuto que está pensado para los supuestos de una actuación estrictamente mediadora del agente en cada uno de los contratos que se concluyan. Para los que resulta lógica la regla, que en definitiva comporta reforzar o hacer más próxima el nexo causal entre la actividad del mediador y la conclusión del contrato, pero que no se justifica para los casos en que la relación entre oferente y agente sea la auténtica de agencia con o sin representación (29).

D) Extinción del contrato, -

Guarda silencio el Estatuto sobre la extinción del contrato de mediación.

Por lo tanto, habrá de estarse a las reglas generales sobre las causas de extinción de los contratos, y a las especiales sobre los fundamentados en la confianza y, concretamente, a las relativas a los de mediación y agencia.

Y entiendo que en cuanto la denuncia o desistimiento por parte del oferente ha de atenderse a las razones y argumentos que el Profesor GARRIGUES aduce en relación a los contratos de mediación y de agencia de duración in determinada (30). Siendo de lamentar que el Estatuto no haya previsto la necesidad de un preaviso que el citado Maestro propugna, incluso amplio, para que en todo caso se respete el principio de la buena fe que deben guardar ambas partes.

NOTAS AL CAPITULO XI

- 1) Vease PEREZ Y ALGUER, op. cit. II-2º, 1º pág. 519,
- 2) Vease supra, Capitulo III de esta tesis.
- 3) For todos. veanse PEREZ Y ALGUER, loc. cit. pág. 514, y PUIG BRUTAU op. cit. II 2º pág. 393.
- 4) El Artículo 34 del anteproyecto de código de las agencias preveía que éstas podían negarse a ejecutar la campaña mientras no se haya "formalizado debidamente y suscrito" un contrato que regule los derechos y obligaciones. Idéntica aspiración se encuentra en los códigos de todo el mundo, vease Rev. PUBLICIDAD nº 4-5 pág. 273 y s.
- 5) Vease, por todos, ASCARELLI, "Teoría ..." cit. pág. - 807.
- 6) SORDELLI: "Problemi..." cit. pág. 99 y siguientes.
- 7) Sobre las invenciones laborales en el derecho comparado, A. BERCOVITZ: "La ley alemana de invenciones laborales de 25 de julio de 1.957" R.D.M. abril-junio 1.968 nº 84 - pág. 345 y siguientes.
- 8) Sobre licitud de la prestación, HERNANDEZ GIL: op. cit. pág. 102 y siguientes. Vease también sobre la licitud de la obra intelectual, ASCARELLI, "Teoría..." cit. pág. 709 y siguiente.
- 9) Vease supra, Capítulo III de esta tesis.
- 10) El derecho a la firma se reconocía en el artículo 35 del tan repetido anteproyecto de código de las agencias.
- 11) "La publicidad como ..." cit. pág. 277 y s.

12) Hasta uno de los mas decididos panegiristas del Estatuto como es el anónimo autor del trabajo "Régimen jurídico..." en la Rev. PUBLICIDAD nº 1, no duda en reconocer el dudoso rigor técnico de que adolece en este punto la Ley (vease pág. 129) siquiera se referido a la denominación del contrato.

13) Me parece ocioso señalar con detalle la jurisprudencia y la doctrina científica sobre la materia, así como el sentido que se advierte en el derecho comparado. Por todos, entre nosotros, vease M. SANPONS SALGADO "El contrato de corretaje". Ed. Montecorvo. Madrid. 1.965,

14) RIPERT contempla expresamente a los corredores de publicidad dentro del contrato de corretaje, y como corredores libres (RIPERT, "Traité..." cit. T. 2º 5ª ed. pág. 218.

15) Por todos, vease J. GARRIGUES: "Tratado..." cit. vol. III-1º pág. 460.

16) Vease SANPONS op. cit. pág. 162.

17) El Tribunal Supremo en sentencia de 8 de febrero de 1.956 reconoce el diferente alcance que tienen las normas administrativas y civiles respecto de un contrato de mediación concluido con quien no era agente de la propiedad inmobiliaria. En la sentencia de 23 de febrero de 1.965 se continúa evidentemente la misma orientación jurisprudencial. Que es la más respetuosa con el principio espiritualista de nuestro derecho de obligaciones.

18) F. SANCHEZ CALERO: "Curso de Derecho del Seguro privado". Ed. Nauta. Bilbao 1.961. V. I pág. 267 y siguientes.

El Profesor GARRIGUES se refiere al contrato de agencia al tratar del que vincula al agente de seguros con el asegurador, y creo que al destacar como destaca la nota de estabilidad está el ilustre maestro pensando en el caso de los - agentes afectos (J. GARRIGUES, "Curso..." cit. T.II pág.

272 y siguiente.

19) Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1959 que recoge las mismas palabras textuales que se contienen en el artículo 1.754 del código civil italiano.

20) Una disposición así se encuentra en el Artículo 9º del Reglamento provisional de los colegios de los agentes libres de seguros (Decreto de 25 de junio de 1.935).

21) Entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1.966.

22) Vease J. GARRIGUES: "Tratado..." cit. pág. 544 y siguientes (contrato de agencia) y 586 y siguientes (contrato de mediación.). Sobre contenido de los contratos de mediación y agencia de seguros, F. SANCHEZ CALERO, op. cit. pág. 269 y siguientes.

23) J. GARRIGUES: "Tratado..." cit. pág. 595 y siguiente y 556.

24) SANPONS, op. cit. pág. 164 y siguientes.

25) J. GARRIGUES "Tratado..." cit. pág. 597 y siguiente. - Cita el Profesor la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1.956.

26) El Artículo 40 del anteproyecto de código de prácticas

leales disponía que la agencia quedaría en libertad para actuar directamente cerca de los clientes del agente si éste no se ocupase "debidamente de tratar de conseguir la próxima campaña o lo hiciese de manera manifiestamente inadecuada". Bastaría comunicárselo por escrito al agente con una antelación no inferior a quince días.

Se advierte excesiva ambigüedad en los términos, además de una contradicción patente con la letra del inciso final del artículo 59, Puesto que según éste el derecho del agente se extingue sólo cuando no se renueva el contrato, pero no antes.

27) Sólo en este sentido puede aceptarse la regla prevista en el anteproyecto de código citada en la nota precedente.

28) J. GARRIGUES: "Tratado..." cit. pág. 557.

29) En cualquier caso, lo que a mi juicio resulta insostenible es lo que se preveía al final del artículo 40 citado del anteproyecto de código: "Las agencias respetarán el derecho de cartera de los agentes sobre sus clientes mientras éstos explícitamente lo reconozcan formalmente".

30) J. GARRIGUES: "Tratado..." cit. pág. 573 y siguientes. (contrato de agencia) y pág. 599 (contrato de mediación).

R. 450158



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5317872025

4 VI  
3.3.1.  
C DEJ

- José María de la Cuesta -

REGIMEN JURIDICO DE

LA PUBLICIDAD

(Contribución a su estudio)

---

TESIS DOCTORAL

---

TOMO IV

Facultad de Derecho, - Universidad de Madrid

Director: Prof. Dr. D. Jesús Rubio

Madrid - Enero - 1970

b 16342511

127699195



## CONCLUSIONES

- I -

El Estatuto de la Publicidad, promulgado como Ley formal en 11 de junio de 1964, constituye una ley especial que acota su alcance en torno al acto de publicidad considerado como aquél que es instrumental respecto de otro que, por su contenido económico, es susceptible de realizarse a través de un contrato.

Pero el Estatuto atiende a todos los aspectos que se descubren y manifiestan en relación con tal acto.

- II -

Es imposible proceder a una calificación global del Estatuto que contiene normas de muy diferente significación y finalidad. No sólo atiende a los aspectos económicos de la publicidad sino a todos los sectores de intere-

ses en que incide.

- III -

Aisladas las normas que se refieren a la dimensión económica de la publicidad, ni siquiera ellas mismas pueden reconducirse en bloque a uno de los dos sistemas en que iure condito se divide nuestro Derecho privado. En realidad se inscriben en el sector del ordenamiento jurídico que toca a la organización y composición del mundo de la economía. Evidenciando una superación de aquella división en cuanto que las normas estatutarias habrán de integrarse en los conjuntos normativos que se contienen en nuestro ordenamiento en relación a cada una de las instituciones que se ven afectadas y en cuanto normas tocantes a la organización económica, las del Estatuto se encuentran eminentemente publicadas.

- IV -

El artículo 4º del Estatuto no contiene una jerarquización de las fuentes del derecho de la publicidad.



Ni éste constituye una rama particularista, sino que el Estatuto es una ley especial más que regula el conjunto de relaciones de la publicidad.

- V -

El acto de publicidad que consiste en una comunicación significativa al público, no se caracteriza por su estructura informativa o no informativa sino por su finalidad motivadora de los destinatarios a contratar con el anunciante, a la que se ordena como instrumento voluntariamente manejado por éste.

- VI -

El Estatuto no reduce su régimen a la llamada publicidad comercial. Ni toda la que así puede considerarse se regula por el Estatuto.

Que no tiene en cuenta ni si el acto se conecta a otros en una serie de la misma naturaleza ni si se instrumenta a favor de un solo e irrepetible contrato o de una contratación en masa.

- 1136 -

- VII -

Los términos en que se expresa el artículo 2º del Estatuto autorizan a ensanchar los límites dentro de los que el acto se califica de publicitario. En cuanto la vinculación con la contratación principal puede producirse mediata o inmediatamente, la mediación se reconocerá en otros actos que serán puente entre el publicitario y el contrato a que sirve.

- VIII -

El acto publicitario puede ordenarse a la conclusión de cualquier contrato sobre cualquier bien del mundo físico, sea de consumo o factor de producción y sean bienes en sentido estricto o servicios.

- IX -

Es anunciante quien se propone la finalidad que el acto de publicidad persigue. O, en otros términos, aquél en cuyo interés se ejecuta la comunicación publicitaria.



El anunciante no tiene por qué ser comerciante o ejercer una actividad racionalizada para el mercado. Aunque "naturalmente" la publicidad se utiliza como arena en tal actividad.

Desde la óptica de la publicidad no resulta in-diferente el modo como el anunciante ejerce la actividad a la que ordena la publicidad, porque bajo ciertas condiciones puede considerarse que es anunciante todo aquél a quien por su posición en el tráfico respecto al bien o servicio contenido de la publicidad el público puede razonablemente atribuirle tal cualidad en cuanto se beneficia de aquélla.

El Estatuto no contiene un régimen subjetivo para los anunciantes. Ni para una clase de ellos. Sólo le preocupa aislar el supuesto del anunciante que desarrollando una actividad planificada para el mercado instrumenta

por sí mismo sus actos publicitarios sin recurrir a los servicios especializados de quienes tienen como función habitual tal instrumentación. Como se supone que en tales casos el anunciante desarrolla una vigorosa y repetida acción publicitaria, a la unidad que dentro de la organización lleva a cabo la instrumentación técnico-publicitaria se le dá el impropio nombre de exclusiva de publicidad. Y la ley dispone para ella un régimen tendente sobre todo a mantenerla públicamente diferenciada de las agencias. Para lo que se les impone la obligatoriedad de la inscripción en el Registro de la Publicidad que, naturalmente, sólo puede solicitar la persona titular de la organización en cuyo seno se inserta la "exclusiva".

- XIII -

Por las mismas razones de mantener diferenciadas y clarificadas las funciones de los sujetos de la publicidad, el Estatuto configura la exclusiva del anunciante como la persona cuya única actividad es la instrumentación de la publicidad de aquél. Es un supuesto paralelo al de la exclusiva interna que seguramente no tiene virtualidad en la vida práctica.



Cuando quien emite la comunicación publicitaria es un ente que goza de capacidad pública o semipública, su actividad puede ser calificada de publicitaria y, en tal concepto sometida al régimen legal que impone la disciplina aplicable al ejercicio de la publicidad.

No pueden existir escrúpulos incluso en calificar a tales entes de anunciantes puesto que el serlo no comporta status alguno que pudiera chocar con su naturaleza derivada de la participación en el imperium.

Sin embargo, no toda actividad de divulgación al público para el fomento o planificación de la actividad económica merecerá la calificación de publicitaria. A costa de ella se ensancha el concepto de propaganda por el dirigismo apreciable en nuestros días. La última razón de la calificación reside en el grado de conexión de la actividad de fomento a la gestión del interés público que le esté encomendada al ente que realiza la comunicación al público.

- XV -

El Estatuto no contiene regla alguna sobre los supuestos en que el anunciante sea colectivo, ésto es que la comunicación se emita conjuntamente en cada acto por una pluralidad de sujetos interesados. Los actos de este género son de publicidad en sentido estricto y se someten íntegramente a la regulación legal.

- XVI -

El objeto del acto de publicidad es el mensaje publicitario entendido como la argumentación significativa capaz de motivar a los destinatarios a contratar.

El mensaje contendrá o no argumentaciones descriptivas sobre el bien que es el contenido de la actividad principal del anunciante según convenga o no desde la técnica publicitaria que lo único que intenta es una sugestión del público. Por eso, la publicidad no es ni deja de ser informativa o persuasiva es siempre y en todo caso una comunicación significativa desencadenante de un proceso de respuesta en los destinatarios con cuyos deseos,



instintos, inclinaciones y juicios se habrá contado de antemano.

- XVII -

El mensaje como argumentación motivadora está presente en todas las comunicaciones que se dirigen por el anunciante con idéntica finalidad y contenido. Por eso, el mensaje no es el anuncio, sino que está en el anuncio.

Aunque se advierte que, moviéndose en el campo de las motivaciones psicológicas, tiene una importancia decisiva el cómo de la formulación del mensaje, no ya sólo como forma de lo que se comunica sino incluso como forma de la comunicación misma. La versatilidad de medios, de sistemas, de desarrollo en el tiempo, supone toda una actividad creativa que dá lugar a unos resultados que pueden llamarse "obras de publicidad".

El Estatuto establece una peculiar tutela sobre las "obras o creaciones publicitarias", independiente de la que, en su caso, puedan merecer por la vía del derecho de autor o de la propiedad industrial.

Sin embargo ni por su finalidad ni por su premisa objetiva puede considerarse que el derecho sobre la obra sea un derecho subjetivo absoluto ejercitable erga omnes con idéntico alcance al que deriva de las propiedades especiales.

El Estatuto pretende resolver el conflicto entre quien ha creado la obra y el anunciante que vá a utilizarla para su publicidad.

Se trata de los derechos del creador de la obra en el ámbito de la relación contractual que tenía como prestación el acto creativo. Y la ley otorga el derecho desde que se inicia el iter del contrato, para que quien la creó pueda oponerse a cualquier utilización por parte del comitente que no se traduzca en una adecuada compensación económica.



Por estas razones era imprescindible referir el derecho de alguna manera a la obra en sí, no siendo suficiente las normas generales sobre el secreto o la buena fé contractual o precontractual.

Y como las ideas abstractas no son tutelables el mismo Estatuto exige que se hayan concretado e individualizado de forma que siendo cognoscibles sean publicitariamente nuevas u originales.

El derecho que se reconoce se ejercita frente al comitente --anunciante-- de la obra. Sin perjuicio de los derechos de autor o de propiedad industrial que puedan convenir al creador para hacerlos valer frente a cualquiera según las reglas generales. Y sin perjuicio tampoco del derecho de propiedad industrial que puede ostentar el anunciante. El creador de la obra aunque no esté protegido contra el plagio por un derecho absoluto frente a otros creadores, podrá perseguirlo en su caso por las reglas que disciplinan la competencia desleal. Que también favorecen al anunciante en cuanto utiliza la obra publicitaria.

El derecho que el Estatuto consagra sobre la utilización de la obra publicitaria se otorga en principio al autor porque es lo correcto tratándose de una creación del espíritu. Pero ello no significa nada respecto a la circulación de ese derecho a la compensación económica por la utilización publicitaria. Para lo que se estará a las reglas generales cuando se haya producido la creación en el ámbito de una relación de servicios. Que será lo más frecuente, en cuyo caso es la agencia o el estudio quienes lo adquieren por el hecho de la creación de la obra en el seno de su organización.

El comitente de la obra adquiere el derecho a su utilización para todos los fines publicitarios sin restricción, pero en cambio de un contrato de publicidad o de creación publicitaria no se deriva la adquisición del derecho a utilizar la obra fuera del campo de la publicidad.



- XXI -

Se hace en cualquier caso necesario que se impongan unos breves límites de tiempo al derecho que surge de la creación de la obra. El Registro de la Publicidad puede ser cauce idóneo para dar notoriedad a las obras que han determinado que el derecho surja.

- XXII -

En el Estatuto de la publicidad se encuentra la reglamentación básica del ejercicio de esa actividad que engloba múltiples formas de manifestación, que, sin embargo, se reducen a unidad por su única finalidad de atracción de futuros contratantes que es la "significación" que entrañan además entre el público.

La amplitud con que se define en el Estatuto la publicidad permite calificar de tal no sólo a los actos que pudiéramos llamar informativos por ejecutarse a través de los canales de la información sino también a todos los demás actos que se destinan sistemática e indiscriminadamente a la promoción de los contratos.

Precisamente la escasez de normas relativas a concursos, sorteos, sistemas de ventas, ofertas especiales, regalos y suplementos, etc., inclinan a que, en lo que resulte aplicable, se sometan a la disciplina que básicamente contiene el Estatuto.

- XXIII -

En todo acto publicitario interviene un medio, entendido como canal de la comunicación del mensaje a los destinatarios.

- XXIV -

Los medios publicitarios no pueden reducirse a una sola categoría. Son tan múltiples y variados como lo es la comunicación entre los hombres.

Puede hablarse de medio en sentido subjetivo como persona titular de un soporte de la comunicación. En el sentido objetivo, medio es ese soporte.

Las dos acepciones están presentes en el



## Estatuto de la Publicidad.

Existen medios naturalmente publicitarios en cuanto que su única finalidad es la de transportar la comunicación. Mientras que otros son accidentalmente publicitarios porque aunque realizan la función comunicativa la principal finalidad de su existencia es otra. Entre estos se encuentran los medios de comunicación de masas.

No sólo a estos últimos califica el Estatuto de medios publicitarios. Ni la disciplina que contiene se aplica sólo a la publicidad que se inserte en los medios de comunicación social.

## - XXV -

Las Ordenes ministeriales de 24 y 27 de febrero de 1969 sobre "medios y exclusivas" introducen factores de confusión en contradicción con la ley que aconsejan su derogación. Porque arbitrariamente reducen la noción de medio a los de comunicación de masas, sacando la injustificada consecuencia de que los titulares de los soportes que no sean de tal naturaleza no pueden actuar en

el tráfico publicitario como medios.

- XXVI -

El régimen subjetivo que el Estatuto contiene en relación con los medios, no se aplica en realidad a éstos en cuanto tales sino a los titulares de la explotación publicitaria. Que puede ser racionalizada o no.

Sólo a los que la efectúan racionalizadamente se les exige el cumplimiento de los requisitos administrativos de inscripción en el Registro y obtención del título licencia. Y se les designa con el inadecuado nombre de "exclusivas de publicidad".

Cuando no se explotan racionalizadamente, el titular del soporte no queda sometido a régimen alguno. Y se impone, en cambio, el mismo régimen subjetivo a las personas que efectivamente realizan la explotación publicitaria racionalizada por virtud de haber obtenido la disponibilidad del soporte contractualmente. Se les dá a estas personas el nombre de exclusivas de publicidad de origen contractual, o de agencias de publicidad de exclusivas.



En todo caso, el régimen subjetivo se impone en virtud de la forma real de la explotación. Con independencia de la naturaleza del soporte.

De modo que en el Estatuto no hay base para sostener que imponga a unos medios obligatoriamente una forma de explotación. Se limita la ley a señalar las consecuencias que en el aspecto subjetivo derivan de esa forma.

Por las contradicciones internas de las Ordenes ministeriales citadas y por su oposición al Estatuto, resultan además de perturbadoras, inaplicables. Sin contar con que las consecuencias que de ellas derivan chocan con principios generales de nuestro Ordenamiento relativos a la libertad de ejercicio de las actividades lícitas por cualquier persona.

- XXVII -

La prohibición contenida en el artículo 12 del Estatuto respecto a los medios no puede ser ampliado por las normas del Reglamento del Registro General de la Publicidad. No sólo por principios generales de interpreta-

ción sino tampoco por los generales de nuestro Ordenamiento sobre libertad de comercio e industria, que no pueden desconocerse por una simple Orden ministerial que es la forma por la que se dicta el Reglamento citado.

Pero en cambio, la norma legal prohibitiva se extiende a todos los supuestos o tipos de agencia, incluida la llamada de publicidad de exclusivas.

- XXVIII -

El "espacio" publicitario es la medida - en unidades métricas o de tiempo - de la inserción del anuncio en el medio.

Su importancia se advierte tanto en el ámbito de la contratación como en el de la disciplina de la actividad publicitaria.

- XXIX -

La complejidad de las técnicas que se manejan en el sector publicitario hace surgir la figura de la



agencia de publicidad en la dimensión actual que es el fin de una evolución que vá desde las funciones de colocación de "espacios" entre los anunciantes a las de colaboración con éstos para la instrumentación y ejecución de su publicidad en las condiciones técnicas más adecuadas.

- XXX -

La agencia de publicidad se configura en el Estatuto como empresa. Destacándose el aspecto objetivo de la organización para el cumplimiento de sus funciones.

Desde esta óptica ya no se justifica la reiteración legal de la nota de profesionalismo. Porque ésta se conecta a la disposición objetiva de los medios humanos y materiales por su destino al fin de ejercer la actividad de las agencias en el tráfico.

La profesionalidad de la que tan celoso se muestra el Estatuto sólo puede tener sentido en cuanto se atribuya no al ejercicio de la actividad con las notas que lo caracterizan como profesional, sino en cuanto se estime que los servicios de las agencias a los anunciantes son pro

fesionales. Con las consecuencias que tiene el dato respecto a las relaciones entre agencias y anunciantes, y respecto a la responsabilidad por su actuación.

- XXXI -

El Estatuto contiene el gérmen de un derecho profesional de las agencias. Se les exige el cumplimiento de los requisitos administrativos de inscripción en el Registro de la Publicidad y de obtención del título licencia que dispensa el Ministerio de Información y Turismo.

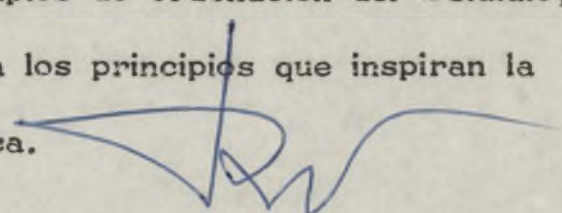
Pero no quiere decir que eso suponga reducir el Estatuto de la publicidad a un derecho profesional, que suponga la interpretación de las normas desde las categorías profesionales.

El régimen subjetivo establecido se impone sólo como tal con las consecuencias naturales al mismo que se advierten en los campos administrativos y penales de la clandestinidad y el intrusismo. Pero sin consecuencias en orden al régimen de la contratación ni al de la disciplina del acto publicitario.



El designio del legislador ha sido el de introducir elementos de ordenación y clarificación en el mercado publicitario. Y en este punto sus normas principalmente tienen en cuenta el interés de las categorías profesionales interesadas. Sin más trascendencia para el público interés que el que deriva con carácter general de cualquier ordenación de cualquier sector de la vida económica.

Consiguientemente, la normativa legal referente al régimen subjetivo no puede servir de fundamento ni a una inversión de la eficacia general de la ley de la publicidad ni a que un régimen corporativo o profesional, que se desenvuelva desde los principios de ordenación del Estatuto, atente a aquella eficacia ni a los principios que inspiran la actual organización económica.



El peligro de cualquier deslizamiento en esa dirección es, desde luego, existente. Las Ordenes ministeriales de 1969 sobre medios y exclusivas son, entre otras, muestra del riesgo, que se vé auspiciado por la importancia que el Estatuto concede a las categorías profesionales, y por la llamada a las mismas a los Organos encargados de la aplicación del régimen administrativo que se contiene



en la ley.

Sin embargo, esta intervención o participación no puede entenderse como la instauración de un régimen propiamente corporativo. Que seguramente choca con los principios de la organización económica y desde luego con los generales de nuestro ordenamiento jurídico que a ella se aplican, y específicamente con su expresa formulación en el Estatuto con referencia específica a la publicidad.

Por el contrario, la participación de las categorías profesionales y de los sujetos intervinientes en la actividad en los Organos administrativos supone un sometimiento de las mismas a una posición arbitral de la Administración a la que en último término corresponde el control y vigilancia de las decisiones de las categorías profesionales.

El ejercicio de la actividad sin los requisitos administrativos es un ejercicio clandestino que como tal se somete a la potestad sancionadora que el artículo 63, en relación con el 6º, ambos del Estatuto, establece.

Tal potestad se declara incompatible con la que se ejerce por los Organos de la Jurisdicción en los su puestos de delitos o faltas. De suerte que sólo cuando el ejercicio de la actividad no sea calificado de intrusismo podrá sancionarse como clandestino. Lo que implica la precedencia de la actuación jurisdiccional sobre la administrativa.

Ni el ejercicio del intruso ni el clandestino constituyen por sí supuestos de competencia desleal.

- XXXIII -

En el Estatuto de la publicidad se encuentra la distinción entre agencias y estudios. El Reglamento del Registro distingue dentro de aquellos diversos tipos.

En todo caso, lo definitorio para todos ellos es el intervenir en la instrumentación técnica del mensaje y en la ejecución del acto de publicidad.

Me parece censurable, por arbitraria, inútil y peligrosa, una diferenciación entre agencias de publicidad de servicios plenos y agencias de publicidad general. Que



se fundamenta en el dato de la complejidad de la organización empresaria, y que permite a las últimas una mayor versatilidad de sus funciones que, realmente, pueden llegar a ser idénticas a las que desempeñan las de servicios plenos, sin quedar sin embargo incursas en la mayor rigidez que alcanza a éstas ni a las prohibiciones que se les aplican.

La prohibición de que las agencias de servicios plenos dispongan de ciertas exclusivas, la impone el Reglamento del Registro en clara contradicción con lo que dispone el inciso final del artículo 15 del Estatuto, que, como es obvio, debe prevalecer.

La flexibilidad en el reconocimiento de funciones a las agencias de publicidad general demuestra lo artificial que es igualmente diferenciar entre agencias y estudios. Porque unos y otros pueden cumplir idéntica función. Y si no se exige a aquellas una organización distinta a la exigible a los estudios, no se entiende por qué se les reconoce la posibilidad de ejercer unas funciones que a éstos se les niegan.

Teniendo en cuenta que los estudios dedican



su actividad a la instrumentación de los actos pero tienen ve dada su ejecución, la organización para aquélla deberá ser idéntica a la que es exigida a las agencias que sólo se dife-  
rencia en que se les añade la "adecuada" a la ejecución de la comunicación.

Tampoco se entiende que las agencias de publicidad general puedan dedicar su actividad a funciones aisladas o parciales mientras que parece que se niega la po-  
sibilidad a las de servicios plenos.

En definitiva, todas estas arbitrarias y con-  
fusas diferenciaciones demuestran que el régimen previsto en el Estatuto relativo a los "sujetos de la actividad publicitaria" no tiene más trascendencia que la puramente ordenadora de las categorías profesionales para que desde ellas, una vez desarrollada su organización, compongan sus intereses y disciplinen privadamente su actividad, además de quedar so-  
metidas a las sanciones administrativas y penales que en su caso correspondan. Pero no puede tener el menor reflejo en la aplicación de las normas que disciplinan la publicidad como comunicación al público con trascendencia social, y de aquellas otras que regulan la contratación. Que son los dos



conjuntos normativos que tienen verdadera importancia, y que no debieron involucrarse con aspectos corporativistas o profesionales que debieron reservarse para otras normas más idóneas y separadas de la ley de la publicidad.

- XXXIV -

La agencia de distribución a medios es una creación del Reglamento del Registro. Porque en el Estatuto no se preveía.

Su función no es realmente publicitaria en sentido estricto. Ni interviene en la instrumentación de los actos ni su intervención en la ejecución es distinta al del comisionista de una agencia en cuyo interés concluye los contratos de difusión.

Desde un punto de vista general del tráfico es muy dudoso que la configuración de estas agencias no choque con el espíritu e incluso, en ocasiones que dependerán del caso concreto, con la letra de las disposiciones que disciplinan el mercado. Porque teniendo su actuación unos móviles puramente económicos para las agencias que solici-



tan sus servicios, contribuyen a obscurecer el mercado, equi-  
valen a escalones intermedios no justificados, y seguramente  
de su actividad no se beneficia el mercado que no es el de  
las agencias sino el de los anunciantes.

Desde un punto de vista específico del sec-  
tor de la publicidad, la configuración de estas agencias re-  
sulta discutible.

En primer lugar porque perpetúan una prác-  
tica viciosa y contradictoria con la función que se reconoce  
a las agencias y que se instrumenta jurídicamente a través  
de los contratos que el Estatuto tipifica. Tal práctica es la  
de percibir una remuneración por parte de los medios. Cuan-  
do la agencia sólo debe ser retribuida por los anunciantes.

En segundo término, porque siendo la agen-  
cia de distribución a medios un comisionista de las agencias,  
plantea los problemas relativos a la sustitución en las rela-  
ciones de éstas con los anunciantes. Que seguramente cho-  
ca, además, con obligaciones que se imponen a la agencia  
en el contrato de publicidad.

La ausencia de una disciplina a la actividad



de las agencias de distribución en lo relativo a la paridad de tratamiento de todas las agencias, puede favorecer concentraciones de negocio que muy probablemente influirán en sospechosas posiciones de dominio. El silencio legal sobre todos estos puntos habrá de suplirse, si es que no se prohíbe la actuación de las agencias de distribución, con las normas de la ley de 20 de julio de 1963.

Aunque en el Reglamento del Registro se prevé que las agencias de distribución sólo pueden contratar con otras agencias, entiendo que también los estudios pueden utilizar sus servicios.

- XXXV -

Las agencias de publicidad de exclusivas son agencias que han concertado o van a concertar un contrato con un medio por el que éste les cede en exclusiva la explotación de su soporte publicitario.

Pienso que era suficiente con haberles impuesto las reglas de los medios en cuanto a la contratación sin necesidad de una nueva diferenciación igualmente artifi -

ciosa que lleva a considerar que una agencia altera su naturaleza y no puede actuar como tal en el tráfico cuando celebre un contrato de aquella naturaleza.

Contrato que, desde luego, no es publicitario porque lo que la agencia adquiere no es el derecho a utilizar publicitariamente los espacios del medio -esto es, no se trata de un contrato de difusión- sino el de explotar el aprovechamiento publicitario del soporte. La exclusiva no es de la publicidad difundida sino del aprovechamiento del medio, cuyo riesgo asume la agencia.

La regla general de que ésta no ejercerá las funciones propias de una agencia mientras dure la exclusiva sólo se justifica por dos motivos. El primero que, estando interesada en la marcha económica de un medio, la agencia se "desprofesionaliza". El segundo motivo es el de que se puede atentar a la libre competencia fundamentalmente por el cauce de los contratos tying.

Desde esa óptica, creo que el criterio para averiguar en cada caso si el aprovechamiento exclusivo de un medio puede comprenderse en la excepción a la re-



gla que contempla el artículo 15 del Estatuto debe ponderar la doble finalidad señalada. Con independencia absoluta de la naturaleza del soporte o del alcance de su audiencia. En contra, por lo tanto, del criterio injustificado que señala el Reglamento del Registro en su artículo 5º.

Cuando quien contrata la explotación exclusiva con el medio es una agencia deberá presentar al Registro el contrato. Cuando sea alguien que no tenga tal calificación deberá inscribirse como agencia de exclusivas.

De este modo, el Estatuto -ni el Reglamento del Registro- no impone que un medio no pueda explotar la publicidad directamente sino que se limita a imponer un régimen subjetivo y personal a quien contrata con el medio la exclusiva explotación en el supuesto de que éste decida no explotarla por sí mismo.

La consecuencia que de ello saca el artículo 4º de la Orden de 24 de febrero de 1969 es absolutamente desmesurada, sin apoyo en la ley e, incluso, desde el punto de vista de los medios, en abierta oposición con la misma. Motivos todos para propugnar su inmediata derogación.



El agente de publicidad cumple la función que históricamente comenzaron desempeñando las agencias. Por eso la ley utiliza, para definirla, la expresión de que es puramente mediadora.

Pero ésta no tiene un sentido técnico. Por que el agente puede participar en la conclusión del contrato principal, dejando de ser mediador en sentido estricto.

La categoría de estos agentes se aproxima a la de los llamados comerciales o representantes de comercio. Y su modelo creo que han sido los agentes de seguros.

No sólo por poder intervenir en la conclusión del negocio principal el agente puede no ser mediador. Sino que, además, la posibilidad de afectarse al servicio de una agencia o un medio añade a la relación la nota de estabilidad característica de contratos distintos al de mediación, aunque dentro de los de gestión de intereses o negocios ajenos.

La actuación del agente y sus funciones se determinan en cada caso por el contenido concreto del con-

trato que le vincule a su oferente o principal.

Pero en cualquier caso se configuran como profesionales del comercio sometidos a la reglamentación estatutaria que proceda.

La no obligatoriedad de que en la contratación publicitaria intervenga un agente unida a que la mediación en la misma no se agota con la función "productora" que la ley contempla, llevan a concluir que la intervención en aquella contratación por quien no sea agente determina la aplicación de las sanciones administrativas y penales, pero quedando a salvo los derechos y obligaciones del que intermedió derivados de la relación contractual con el oferente.

La condición de profesionalismo derivada de la inscripción del agente en el Registro no impedirá que puedan resultar de aplicación las normas laborales según sus propios principios. Que no serán, sin embargo, aplicables sin más por el hecho de que el mediador no se halle inscrito.



El técnico de publicidad es un profesional liberal que no es "sujeto" de la actividad publicitaria. No es parte en la contratación de esa naturaleza. Y si el Estatuto se refiere a esta figura no hay otra razón que la de su propósito de recoger de modo completo el régimen jurídico que afecta en cualquier manera a la publicidad.

El Estatuto de la publicidad no contiene regla alguna que contemple el fenómeno por su incidencia en la formación del contrato principal a cuyo favor se instrumenta. La razón está en que la cuestión pertenece sistemáticamente al régimen general de las obligaciones y contratos.

Por lo mismo, entiendo que el silencio legal no implica que haya de considerarse que en ningún caso sea posible reconocer en el acto de publicidad las características de una declaración negocial o con efectos en el ámbito contractual.

El carácter publicitario no es obstáculo, a mi juicio, para que el acto pueda constituir una verdadera oferta de contrato siempre que reúna los requisitos objetivos que la califican.

En el acto publicitario puede descubrirse una conducta del anunciante "significativa" de su voluntad de obligarse. Que por alcanzar tal significación en el tráfico, será éste quien la entienda con las reservas implícitas que resultan imprescindibles.

La noción de "significación" resuelve también el problema de la posible no coincidencia entre quien materialmente emite el mensaje publicitario y quien llega a concluir el contrato principal con alguno de los destinatarios. Puesto que la real organización del mercado y el uso de signos distintivos entraña una significación evidente para el público que permite imputar a cada uno de los beneficiarios del mensaje su emisión.

Aun en los supuestos en que no sea posi-



ble dar al acto el valor de oferta contractual, siempre será expresivo de una intención negocial por parte del anunciante. Que le impone la responsabilidad frente al público de la misma.

Cuya primera traducción es la de que debe explicar el alcance de esa intención rompiendo el silencio frente a las propuestas del público y basando su rehusé a concluir el contrato en una justa causa.

Quien aparentemente es anunciante -aunque no sea quien materialmente emitió el mensaje- queda sujeto a idéntico deber de explicar o rectificar la apariencia si es que no desea pasar por anunciante.

En aplicación de estos principios, iniciado el iter contractual con el acto publicitario, al anunciante le serán de aplicación las reglas que, bajo el principio de la buena fé, se resuelven en la responsabilidad precontractual.

La argumentación publicitaria puede preconfigurar el contenido del contrato principal cuya conclusión

promueve.

Quién anuncia o hace públicas unas condiciones objetivas o de otro orden de la contratación, debe atenerse a las mismas en el cumplimiento contractual. Y se crea la presunción de que eran conocidas por la otra parte que prestó su consentimiento sobre las mismas, salvo que pruebe lo contrario.

Cuestión de hecho reservada a los Tribunales será decidir si en el caso concreto las declaraciones publicitarias han podido ser causa de un vicio en la formación del contrato.

- XLI -

Muchos actos publicitarios son reconducibles a la categoría dogmática de la declaración unilateral de voluntad.

Cuando constituyan promesas públicas de recompensa o concursos con premio, debe reconocerse su fuerza vinculante para el anunciante porque de no hacerse



así se seguiría un resultado injusto.

- XLII -

La publicidad como instrumento ordenado a la promoción de una actividad económica principal, puede ser un instrumento de competencia cuando esa se realice para el mercado frente a terceros.

Ampliado el concepto de publicidad de mo - do que alberga no sólo la llamada "comercial", sólo será instrumento o arma de competencia cuando, en efecto, se produzcan las condiciones objetivas que determinan la lucha en el mercado.

Por lo tanto, la disciplina de la publicidad en nuestro Derecho no se agota en la que regula la compe-tencia.

La publicidad como fenómeno social tras - ciende el marco de la competencia. No siendo entonces conceptos indisolublemente unidos de manera necesaria. Si bien cuando la conexión se produzca lo sustantivo es la lucha

"por la conquista del cliente" y lo adjetivo que se utilice como arma la publicidad. Por lo que en otros sistemas de derecho comparado -e incluso en nuestro derecho histórico - la publicidad se disciplina desde las normas aplicables a la competencia económica.

En nuestro sistema actual, la conexión de ésta con la publicidad me parece que se contempla desde un planteamiento general de repercusión de la publicidad en el principio de competencia inspirador de la actual organización económica. Lo que produce la consecuencia de que la calificación del acto publicitario desde la competencia debe hacerse desde el criterio del general interés en que se mantenga la misma como valoración o principio integrante del orden público económico.

- XLIII -

Puesto que el Estatuto de la Publicidad atiende al doble frente de disciplinarla como fenómeno social y de introducir factores de ordenación en el sector económico de las actividades publicitarias, el régimen que establece



al contemplar la publicidad como arma de competencia se extiende tanto a la lucha entre los anunciantes a través de la publicidad como a la que sostienen "los sujetos" publicitarios en su propio mercado.

Pero son dos órdenes diversos de intereses que merecen una discriminada aplicación de las normas.

Las pretensiones de los sujetos publicitarios de regular su propia actuación en el tráfico de modo leal no puede llevar a consecuencias de introducir imperfecciones o restricciones en la competencia entre anunciantes a través de la publicidad. Consecuencias que deben, desde luego, ser evitadas en la interpretación y aplicación de las normas estatutarias que se refieren a estas cuestiones y que antes que nada deben ser interpretadas de modo que rindan su máxima eficacia en el mantenimiento de una competencia libre y leal en el mercado constituido por todos los consumidores frente a los anunciantes.

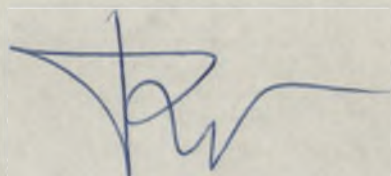
El Estatuto establece una disciplina del ejer

cicio de la publicidad fuera de la cual el acto puede calificarse de ilícito. Se contiene y desarrolla en los llamados "Principios de la Publicidad".

Toda esta disciplina mira a los dos frentes conocidos y será oportuno que en la interpretación y aplicación de los Principios se tenga en cuenta la trascendencia social del fenómeno antes que contemplarlo como simple objeto de la actividad de unos entes profesionalizados.

- XLV -

El valor de los "Principios" es el de los preceptos legales que los imponen. Con tal término no se hace más que designar los criterios que han de adoptarse para el enjuiciamiento y calificación de los actos publicitarios.



- XLVI -

Alguno de los "principios" se formula con referencia a standards de conducta que se estiman desea -



bles, y en este sentido su contenido adolece de un cierto grado de indeterminación, pudiéndose decir de los preceptos legales en tales casos que constituyen cláusulas generales,

La "huida" a estas resulta inevitable en materia como la publicidad. En la que, por definición, juegan factores psicológicos de difícil medición y catalogación. El Derecho no puede más que suministrar criterios y conformarse con que los juzgadores obtengan un juicio de probabilidad pero no de certeza absoluta.

- XLVI! -

El enjuiciamiento del acto publicitario es independiente del grado de intencionalidad del autor. Porque no se persigue el hualzo de una persona responsable sino la calificación del acto por su objetiva peligrosidad social.

Sin perjuicio de que si un daño es producido deba ser reparado de acuerdo con las reglas generales.

Cada acto de publicidad debe ser enjuiciado desde cada uno de los "principios".

No puede sentarse una regla general sobre la relevancia de los elementos que pueden apreciarse en el acto. Es algo que está en función del principio por el que se enjuicia. Pero puesto que todos ellos deben ser respetados, todos los elementos acabarán teniéndose en cuenta.

Desde algunos "principios" pueden tener relevancia elementos aislados del acto, tales como su contenido, la forma del mensaje, etc., o, también, la combinación de alguno de ellos. Pero desde otros "principios" lo relevante será el resultado publicitario, entendido como la representación que los destinatarios han obtenido del acto tanto por él mismo como por sus propias elaboraciones en el proceso de respuesta que en ellos desencadenó. Y, en este sentido, es el conjunto de elementos y su concreta combinación la que constituye la expresión sugestiva o significativa motivadora del proceso psicológico. Que no se aisle tampoco de circunstancias de tiempo y lugar en que el acto se



produce y en que se ejerce la actividad principal del anunciante que se intenta promover.

Cuando se trata de realizar un juicio por el "resultado publicitario", es imprescindible partir de la obtención de éste. Y pienso que sólo dos caminos son posibles. Uno de ellos idéntico al que el anunciante recorrió para decidirse a instrumentar el acto del modo como lo hizo. El otro es el de considerar idealmente aislado un tipo de destinatario al que se considera medio en su grado de agudeza o desarrollo del sentido crítico para, a través de lo que se estima que son sus reacciones, deducir cuáles son las representaciones que todos los destinatarios elaboran.

Uno y otro camino exigen como paso previo deslindar el círculo de los destinatarios del acto. El universo se constituye en función de la "audiencia" del medio empleado, el contenido del acto, etc.

Si el primer camino encierra las dificultades de recibir las técnicas de la psicología de masas en el Derecho, el segundo no puede negarse que encierra el peligro de suponer un "prejuicio" al colocar al tipo medio en



niveles alejados de la realidad, por el expediente de elevar el nivel inferior de los que se estima menos agudos o crí-  
ticos.

Por lo tanto, de recurrir a este segundo procedimiento, entiendo que el juicio debe referirse no a ningún tipo medio sino a uno representativo del nivel de los más confiados, dentro de los límites de la normalidad.

- XLIX -

La disciplina del acto de publicidad lleva a la conclusión de calificarlo en su caso de ilícito. Pero pue-  
to que lo que se enjuicia es el acto material de la comunica-  
ción en sí, con independencia de que sea resultado de un  
negocio o de tenga consecuencias negociales, la disciplina  
de la publicidad no se resuelve en declaraciones de validez  
o invalidez del acto sino en decisiones sobre su estricta lici-  
tud o ilicitud, para en este caso proceder a su represión.

Consiguientemente, con independencia de las sanciones jurídicas de otro orden, la disciplina de la pu-  
blicitad es un mecanismo represivo y sancionador de con -

ductas publicitarias. Y puesto que ni juega la intención ni seguramente se darán los elementos objetivos constitutivos de delito, la disciplina escapa al marco penal.

Arrogándose la Administración la potestad disciplinaria y sancionadora, el acto publicitario ilícito se reprime por la vía administrativa.

- L -

El "Principio de legalidad" atiende al mantenimiento de la paz y el orden sociales, entendidos como resultado de los esquemas ideales y valoraciones culturales de la comunidad en un momento dado, que, por supuesto, incluyen la imprescriptible necesidad de guardar por cada miembro de la comunidad un "deber general de respeto a la persona".

De acuerdo con los autores, el concepto "institución" manejado en el texto legal incluye "meros principios".

Cuando el Estatuto se refiere a la ley, es



menester entender que se expresa toda norma jurídica sea cual sea su rango, y la materia sobre la que versa su man dato.

Me parece que es consecuencia obligada de lo anterior que la actividad publicitaria se somete a los principios que inspiran las decisiones tocantes a la economía, tan to por razón de estructura como de coyuntura, desde el momento que tales decisiones responden -en vía de princi - pio- a exigencias de la organización de la convivencia, y se expresan en normas positivas. Las decisiones de Gobierno desarrolladas por la Administración, deben ser respetadas por los Organos de la Administración misma, que no puede desconocerlas o quebrantarlas interviniendo en la actividad publicitaria mediante la puesta a su disposición del más formidable y penetrante vehículo de comunicación como es la te levisión. Que en esta utilización de la televisión como medio publicitario no repercutan de ningún modo las decisiones eco nómicas plasmadas en normas positivas, me parece contradictorio con el firme principio de legalidad.

El buen gusto y el decoro social no sólo ha cen referencia a valoraciones de orden estético sino a las



que, más ampliamente, constituyen los perfiles culturales de la comunidad que, en nuestro caso, incluyen el respeto debido a las manifestaciones culturales del área que nos es propia pero también a las de las demás. Sin olvidar, desde luego, el lenguaje al que de manera simplista y bastante torpe se le está haciendo perder la eficacia como vehículo fundamental de la comunicación entre los hombres y forma de expresión de las ideas.

La moral a que el Estatuto se refiere dentro del "principio de legalidad" no es necesario adjetivarla. Se emplea el término por su solera entre nosotros e, incluso, en nuestras normas jurídicas. Pero, cuando se impone como límite a la publicidad, creo que se quiere reprimir la que sea obscena. Sin asustarnos demasiado por llamar a las cosas por su nombre, y sin ese prurito -o complejo tan hispánico- de sentir inferioridad ante lo ajeno. Porque, justamente, la obscenidad se considera indeseable por todos los códigos deontológicos del mundo.

Las buenas costumbres implican una moral social. La publicidad no debe producir un sentimiento de frustración en los destinatarios ni debe explotar las circuns-



tancias socialmente patológicas o del grado de desarrollo mental o formativo en general en que aquellos se encuentren.

También contradice las buenas costumbres la publicidad que de algún modo representa o estimula las conductas antisociales.

Cuando el Estatuto se refiere a los derechos de la personalidad, pienso que debe entenderse la expresión de modo tan amplio como sea menester para albergar el principio indeclinable que impone el "deber general de respeto a la persona". En todos los ámbitos, y aunque no exista técnicamente formulado un concreto derecho subjetivo.

- LI -

El "principio de autenticidad" persigue que la comunicación publicitaria se identifique como tal, distinguiéndose de las que emiten los medios de masas en cumplimiento de sus fines informativos específicos.

El principio tiende a proteger el interés del público a la información, y a mantener a ésta fuera de sospecha de cualquier manipulación interesada. En este orden,



una ley de la publicidad no puede ni tiene por qué resolver todo el problema de la información pero sí debe restringir la influencia de las comunicaciones partidistas sobre el fondo de comunicaciones informativas.

Se advierte, entonces, que el principio de autenticidad no se impone para que el público aplique unas supuestas reservas de desconfianza hacia el mensaje publicitario, sino para que éste no se robustezca con la autoridad de que el medio goza entre su audiencia, ni llegue a peligrar el crédito o fiabilidad que merece.

No influye el principio en la flexibilidad del enjuiciamiento por el de veracidad, permitiendo el juego del *dolus bonus*. Al mensaje publicitario identificable como tal le es exigible un respeto absoluto a la verdad.

Por el principio de autenticidad se enjuicia la llamada publicidad redaccional en cualquiera de sus formas, que tiene mayor trascendencia que la que cabe concederle por su calificación desde los criterios de lealtad en la competencia. Sin perjuicio de las sanciones que procedan por la vía jurídica o deontológica desde el campo de la infor

mación, una subordinación de ésta a los intereses publicitarios quiere ser evitada mediante el principio de autenticidad. En todos los campos y sectores, y aunque no se den las circunstancias de una relación de concurrencia.

- LII -

El "principio de veracidad" se consigna por el Estatuto como supuesto autónomo de ilícito publicitario. Independiente de la disciplina de la competencia desleal. Aunque ésta no resulte aplicable en el caso, el acto deberá ser verídico.

El enjuiciamiento no debe partir de la potencialidad del acto para desviar la clientela. Se trata de la cuestión objetiva de su adecuación o inadecuación a la verdad.

- LIII -

La represión de la falacia publicitaria contenida en el artículo 8º del Estatuto no tiene carácter penal.



Lo que independiza el juicio de la intencionalidad del agente y de la exigencia de una rigurosa tipificación de los hechos punibles, mediante una lista o catálogo de los mismos, que impedirá el recurso a la analogía.

- LIV -

El principio de veracidad es insuficiente para resolver el problema del quantum de información en los mensajes publicitarios. Pero no significa que no tenga ninguna virtualidad.

Intenta el principio que los destinatarios no obtengan la consecuencia de que contratando con el anunciante conseguirán unas ventajas que de hecho no se producirán.

En relación con el contenido informativo, el principio de veracidad proscribire el mensaje reticente. No debe callar el anunciante o expresar de modo ambiguo lo que es necesario decir claramente para que lo que se "significa" no resulte una falsedad.

La insuficiencia del principio en orden a la información no debe suplirse, en mi opinión, con cualquier sistema de comprobaciones, homologaciones o controles que, generalmente, son manejados por los propios interesados. Es un problema que debe ser resuelto por las representaciones de los consumidores desde instancias orgánicas paralelas a las gestoras de los intereses públicos. Si no se desea reestructurar básicamente la Junta Central de Publicidad, instaurada por el Estatuto de modo que pueda dar satisfacción o solución a este problema, el establecimiento de un Organismo del consumidor parece tarea urgente. Llevaría adelante, entre otras funciones, la de realizar pruebas objetivas de los bienes en el mercado informando imparcialmente de las mismas y pudiendo emitir dictámen pericial en concreto.

La veracidad se exige al acto como tal y no sólo con referencia a los hechos, a los datos o a las "indicaciones comerciales" a que se refiere el párrafo segundo del artículo 8º del Estatuto. Que no tiene más valor



que el enunciativo en relación con la cláusula general del principio, establecida en el párrafo primero del precepto.

No existe en nuestro sistema base alguna para la infecunda diferenciación entre hechos o datos y juicios de valor.

En el enjuiciamiento por la veracidad, la materia viene constituida por lo que los destinatarios entienden o deducen del acto. El "resultado publicitario", en cuanto comprobable, debe verificarse.

Si para obtener tal resultado no se desean introducir las técnicas de investigación de penetración psicológica, corregidas en lo que sea menester para que los índices reflejen con la mayor aproximación el proceso de los destinatarios en el contexto publicitario, habrá de deducirse lo que razonablemente pueden representarse los destinatarios que, dentro de los límites de la normalidad, sean más confiados o menos prevenidos.

Sin necesidad de averiguar si esa representación es capaz o no de decidir a la acción promovida por el mensaje -no se está en supuesto de potencialidad del des

vio de clientela- aquélla se contrastará con la realidad.

Como en toda esta materia de la disciplina de la publicidad, la intencionalidad del agente no cuenta en relación con sus actos publicitarios no verídicos. No son las alegaciones conscientemente inexactas las que se reprimen sino el acto que conscientemente o no provoca una representación en los destinatarios que no se corresponde con la realidad.

Si el acto falaz se reprime con independencia de su potencialidad competitiva, también con independencia de que haya sido o no causa de una contratación que se denuncia después como viciada de consentimiento.

No protege el principio de veracidad a quien haya sufrido directamente las consecuencias de la falacia. Tiende a introducir y hacer efectivo el principio de que al actuar socialmente el actor debe hacerlo con un vigoroso sentido de responsabilidad.

Por lo tanto, el engaño que se condena no es el que surge en el seno de una relación contractual.



El principio de veracidad no deja margen de juego alguno al *dolus bonus*. Sin perjuicio de que cuando quién haya contratado con el anunciante denuncie un vicio de su consentimiento prestado en base a un acto publicitario que se reputa doloso, se apliquen las normas generales del dolo vicio del consentimiento.

- LV -

Por el principio de veracidad pueden y deben ser enjuiciados los actos de publicidad promoción. Y también los de la llamada publicidad sugestiva. Porque aunque ésta no haga referencia a las cualidades del bien que se anuncia, siempre produce un "resultado publicitario" que, en muchos casos, será comprobable en la realidad, con referencia al bien o servicio. Cuando lo sea -aunque no lo sea siempre- debe someterse al juicio de verdad o falsedad.

- LVI -

El principio de veracidad es también eficaz para someter a disciplina lo que normalmente y sin demasia

da atención se suele comprensivamente cargar a la cuenta de la exageración publicitaria.

Sólo es tal la autoalabanza que no resista un juicio de verdad o falsedad. Pero sin que pueda procederse a la inversa, de excluir del juicio lo que de modo apriorístico y gratuito se considera exageración sin importancia.

No creo que una aplicación tan rigurosa como quiere la ley del principio de veracidad pueda inclinar a nadie a sostener que llegaría a desvirtuarse la sal y pimienta de las comunicaciones publicitarias. Al contrario. En primer lugar, no veo por ningún sitio ni la sal ni la pimienta en soportar atormentadoramente una serie de exageraciones sin sentido pero publicitariamente eficaces. Y menos, en que tengan que soportarla masas de personas que no están en condiciones siquiera de sucumbir al impertinente golpeteo. Antes creo que un freno a la estúpida exageración será acicate al fértil ingenio de los publicitarios.

En todo caso, lo que resulta imposible es desconocer el valor de la norma contenida en el artículo 8º del Estatuto, y pretender que se interprete y aplique en for



ma tan censurable como se hace en sistemas que no la tienen consagrada de ninguna manera en sus ordenamientos positivos.

Darle al precepto la aplicación que él mismo exige es además aproximar nuestro sistema al de los países más progresivos. En cuya dirección se propugna actualmente que se orienten los de los países integrantes de la Comunidad Europea.

- LVII -

El artículo 8º del Estatuto invierte la carga de la prueba de la veracidad. Que deberá suministrarla el anunciante.

Considero que en este punto la institucionalización de un Organó del consumidor rendiría excelentes resultados, mediante la emisión de sus dictámenes y mediante la documentación de sus periódicas informaciones.

En relación con la competencia, el Estatuto consagra el principio que por su denominación parece pretender que aquella se mantenga "libre" en el ámbito publicitario. Aunque también formula los supuestos constitutivos de la deslealtad.

Entiendo que no existe ni error ni inadvertencia por parte del legislador al referirse a la libre competencia.

Una causa de haber denominado así el principio reside en que la disciplina de la publicidad contenida en el Estatuto se refiere tanto al fenómeno publicitario instrumentado por los anunciantes y con trascendencia social como a ser la publicidad una actividad que ejercitan unos entes profesionalizados. Se pretende que éstos respeten el principio de libre competencia entre sí y en cuanto sus servicios pueden ser indispensables a los anunciantes para que tengan igualdad de oportunidades en la lucha competitiva a través de la publicidad. No creo que importa sino al contrario dejar expresamente establecido que la publicidad como sector de



la actividad económica no se sustrae a la general disciplina que reprime las restricciones a la competencia. La terminante declaración reafirma el criterio de que cualquier reglamentación que se pretenda desde las categorías profesionales no pueden atentar al principio de libre competencia.

La razón que considero fundamental para haber formulado así el principio en el artículo 16 del Estatuto es la de que para éste la publicidad incide en el marco mismo de la competencia como principio inspirador de la actual organización económica. Constituyendo la publicidad un arma autónoma de competencia que desplaza la lucha en el mercado y la decisión "soberana" del consumidor de cualidades objetivas, la ley desea someterla a los límites en que puede ejercitarse el libre juicio de los consumidores que debe dar el triunfo al mejor competidor por los méritos de su actividad y no de su preparación publicitaria.

La publicidad como servicio a los consumidores es una publicidad que favorece y permite que se den las consecuencias que el principio de libre competencia persigue.

El párrafo primero del artículo 10 y el artículo 8º del Estatuto, contienen el mandato del juzgador de cómo debe valorarse la publicidad. Y por lo tanto de cómo deben interpretarse las normas que tutelan la lealtad en la competencia.

- LIX -

La disciplina de la competencia desleal a través de la publicidad tutela básicamente el interés de los consumidores.

Sólo es desleal el acto publicitario que incidiendo en alguno de los supuestos de la deslealtad esté injustificado. No lo estará el acto que rinda un servicio a los consumidores.

La reconducción del acto a alguno de los supuestos positivos de deslealtad es condición necesaria pero no suficiente para que sea calificado de desleal. Porque sólo lo es cuando se produzca el ataque o el potencial riesgo a los competidores sin beneficio para el consumidor.



Tampoco juega papel la intencionalidad del agente. Ni la efectividad del daño. Se atiende solamente a las circunstancias objetivas del peligro creado. Separándose los supuestos de deslealtad del genérico ilícito civil. Que, por cierto, será considerado cuando al daño efectivamente producido se añada la culpa causal del actor.

La confusión como categoría desleal no es cualquier error que el público pueda sufrir ante actos publicitarios contradictorios o ante aquéllos que hagan creer que el producto o servicio es el de otro anunciante o tiene relación con otro anunciante.

Todos esos serán supuestos de publicidad no verídica independientemente de que se den o no circunstancias de competencia.

La confusión constitutiva de deslealtad publicitaria no se refiere a la que puede producirse entre sig -

nos distintivos o bienes inmateriales protegidos por la legislación industrial. Será ésta el cauce de represión adecuado.

Aunque un anunciante no se encuentre protegido por la propiedad industrial puede ser víctima de deslealtad por confusión en el ámbito publicitario. La imitación servil o plagio formal de la publicidad de un anunciante se reprime por la norma que sanciona la confundibilidad, siempre, claro está, que se den los requisitos objetivos para que ésta pueda producirse y apreciarse.

- LXII -

Se considera desleal el descrédito de los competidores. Formulada el supuesto con tan estricta simplicidad como se hace en el artículo 10 del Estatuto no ha sido capaz de romper la inercia de nuestro derecho histórico ni la del ejemplo del derecho continental europeo de considerar denigrante cualquier relación que se advierta en la publicidad a los concurrentes.

Pero una interpretación lógica y sistemática impone entender que no simplemente la forma "relacionada"



de la publicidad es bastante para la calificación de la deslealtad.

La referencia puede ser a la persona o conducta personal del competidor. Y puede ser a sus productos o servicios.

Partiendo de la base de que con todo acto publicitario se intenta la propia magnificación, toda referencia a la persona del concurrente debe ser proscrita. Creo, por lo demás, que en la mayoría de los casos se encontrará satisfacción por el cauce de la tutela de los derechos de la personalidad, incluso por la vía penal. Nunca, en efecto, puede existir razón alguna para referirse sin respeto a cualquier otra persona.

Pero, en cambio, sí puede estar justificada la referencia en el terreno objetivo de los productos o servicios que se ofrecen o demandan en el mercado. Y lo estará cuando de ello se derive una utilidad a los consumidores.

En tales casos, la denigración no se vincula indisclublemente a la categoría formal de ser "relacionada" la

publicidad. Será ésta denigratoria cuando la forma de la relación o referencia sea despectiva. Porque entonces se está sustituyendo arbitraria e irracionalmente el juicio del público por el del anunciante.

No pueden establecerse en nuestro sistema categorías formales tales como las de publicidad comparativa, superlativa o excluyente, para por el expediente de remitir a cada una el caso concreto obtener la consecuencia de su carácter denigratorio o no.

Ni toda comparación supone descrédito. Ni tiene sentido diferenciar la publicidad superlativa de la comparativa, ni por lo tanto tampoco lo tiene separar de aquella la que se estima excluyente para considerarla una forma específica de comparación.

Cualquier referencia comparativa o superlativa que se produzca en forma despectiva es desleal por su potencialidad para el descrédito. La que no se produzca en tales tonos sólo será denigratoria cuando no sea verídica bien por ser falaz bien porque no pueda resistir un juicio de verdad o falsedad.



Sólo de esta manera se respeta la exigencia del servicio que la publicidad debe rendir a los consumidores directamente por introducir factores de racionalidad en la comunicación e indirectamente, manteniendo el juego de competencia dentro de los límites objetivos de las actividades de los competidores para el mercado, sin desviaciones degeneradas de una autónoma competencia publicitaria que hace peligrar de modo indiscutible no sólo el juicio del consumidor sino el real mejoramiento de las ofertas en el mercado y el aprovechamiento y disfrute de los recursos económicos. Todo ello es la ratio que inspira la especial disciplina contenida en el Estatuto, que marca una dirección renovadora en el sentido que también desean orientarse y se recomienda que lo hagan los países de la Comunidad Económica Europea.

Admitir la exceptio veritatis no encierra tantos peligros como suelen denunciarse. Se soslayarían mediante simples expedientes procesales en lo que puede tener de temeraria la actuación sobre esas bases y de atentatoria a la función de administrar justicia. Y en cuanto a los derechos a la reserva y el secreto sobre procesos mercantiles e industriales, creo que una decidida admisión de la teoría del

abuso del derecho hace inútil cualquier discusión sobre el tema. Sin contar con que es la persona titular de tales derechos la que habrá decidido sobre la conveniencia de soportar el riesgo de tener que ignorarlos al instrumentar una publicidad de la que pudiera derivarse la revelación de sus secretos.

- LXIII -

La cláusula general del artículo 10 del Estatuto que impone el sometimiento de la publicidad a "las normas de la corrección y buenos usos mercantiles" merece ser ponderada con exquisito cuidado en la aplicación al caso concreto.

Puesto que la disciplina estatutaria mira al doble frente que nos es conocido, seguramente encuentra su máxima eficacia en el sector de la competencia entre los "sujetos" de la actividad publicitaria.

En el ámbito de ésta como instrumento del anunciante frente a sus propios competidores, creo que la cláusula se aplicará a supuestos de la publicidad promocional.



Pero, en cualquier caso, me parece decisivo que no se convierta en cauce de una indiscriminada representación de actos publicitarios, que puede incluso llegar a atender a la finalidad que la disciplina persigue. Y que por ponerse explícitamente a la base de la misma en las normas legales impedirá que sean "buenos" los usos o "correctas" las prácticas que contra ella atenten, mientras que sí lo serán los actos, aunque ni usuales ni profesionales, que contribuyan a la máxima eficacia de aquella finalidad.

Los usos y la corrección profesional que se deducirán de los códigos deontológicos o de los acuerdos de las categorías de interesados no serán suficientes a coartar los principios que se imponen imperativamente por la ley.

Los usos a que se refiere el artículo 10 del Estatuto no son por lo demás cualquier uso en materia publicitaria sino los que surgen y se aplican en el ejercicio de la publicidad por los anunciantes y en el ejercicio de la actividad para el mercado de las agencias, estudios, agentes y medios.

- 1200 -

- LXIV -

El Estatuto establece un cauce administrativo de represión del acto publicitario ilícito por contravenir alguno de los principios que consagra.

Tanto la Junta Central como el Jurado de la Publicidad son órganos administrativos de composición sui generis puesto que no sólo se integran de funcionarios sino, además, de interesados en la actividad publicitaria.

- LXV -

El procedimiento ante el Jurado se inicia por acto de impulso de la Junta Central plasmado en un acuerdo de la misma.

La denuncia ante la Junta es pública. No es necesaria ninguna especial cualificación.

Cuando sean tres "profesionales" los que efectúen la denuncia, la Junta Central está obligada a adoptar el acuerdo de impulso del Jurado.



Por profesionales, hay que entender las agencias, los agentes, los medios, los técnicos y las exclusivas internas de los anunciantes. Pero cualquiera de ellos puede realizar la denuncia sin que sea precisa ninguna cualificación o carácter especial.

- LXVI -

La potestad disciplinaria y las sanciones que de ella derivan son algo distinto de la sanción general del acto que implica su cesación o eliminación. El Estatuto concede más relevancia, sin embargo, al primero de los aspectos.

La potestad disciplinaria que compete al Ministerio de Información y Turismo se ejercita únicamente a través del procedimiento ante el Jurado que es el único Organismo del mismo que tiene competencia para calificar el acto de publicidad desde los principios del Estatuto. Sin perjuicio de otras potestades administrativas que correspondan de acuerdo con su específica competencia.

- LXVII -

El procedimiento ante el Jurado y su resolución disciplinaria implica una actuación administrativa. Y como tal es revisable en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa que, sin embargo, no entrará en lo que estrictamente sea el fondo de la calificación del acto. Cuando la resolución sólo se refiera a ésta sin imposición de medida disciplinaria alguna, el recurso ante la Jurisdicción es posible con base a los vicios o defectos de las formas en el procedimiento ante el Jurado.

- LXVIII -

Las resoluciones del Jurado sobre intimaciones relativas a la ejecución del acto sometido a calificación deben ser muy claras y explícitas. E independientes de la intencionalidad del agente y de la efectividad del daño. Que sólo pueden tener consecuencias en relación con la imposición de multas u otras medidas correctivas o disciplinarias.



- LXIX -

La actuación del Jurado no es excluyente de la que corresponde a los Tribunales de Justicia.

La del orden penal conocerán de los actos publicitarios constitutivos de delitos o faltas. Los términos del artículo 63 del Estatuto excluyen la posibilidad de sanción administrativa al causante de un acto delictivo. Cuando el Jurado estime que hay base suficiente, deberá inhibirse del conocimiento en favor de los Tribunales. Sólo cuando estos califiquen el acto como no delictivo podrán imponerse sanciones administrativas. La precedencia de la actuación jurisdiccional es absoluta en esta materia

- LXX -

Los Tribunales civiles no ven recortada su general competencia material por la actuación del Jurado.

Pero el Estatuto no contiene regla alguna relativa al procedimiento que ante ellos pueda substanciarse. Habrá de estarse a las normas generales. Y por lo que

se refiere a los actos desleales y falaces, se reconducirán al supuesto del ilícito extracontractual.

La inadecuación del mismo es evidente sobre todo para hacer plenamente eficaces las inspiraciones y finalidades de las normas que en el Estatuto imponen la disciplina de la publicidad.

Sólo una jurisprudencia creadora puede superar el angosto margen de las reglas sobre legitimación activa, a la vez que, por abstracción de la culpabilidad del agente, ampliar el círculo de los pasivamente legitimados para acoger a todos los que intervinieron en la ejecución del acto. Y, continuando criterios ya introducidos, a la jurisprudencia debe confiarse que admita pretensiones de cesación del acto independientemente de que ningún daño efectivo haya llegado a producirse.

Las normas generales deberán ser de íntegra aplicación en los supuestos que se pretenda la reparación de un daño. Pero para tales casos, entiendo que el Estatuto introduce el principio de la solidaria responsabilidad entre todos los que intervienen en la ejecución.



Considero necesario introducir básicas reformas en punto al cauce procedimental de represión de los actos publicitarios contrarios a los principios del Estatuto.

En primer lugar, la Junta Central debe dejar de ser órgano en la que ocupan preminente posición las clases profesionales interesados. Una entrada de las representaciones de los consumidores debe ser auspiciada. En el seno de la Junta, los funcionarios que la integran han de significar punto de equilibrio de, en principio, contrarios intereses, en defensa de los generales que por su función les está encomendada.

El Jurado no debe presentar una apariencia de Tribunal de Honor o Jurado ético. Debe ser Órgano independiente de las clases profesionales interesadas. Sin perjuicio de los asesoramientos y orientaciones que éstas puedan suministrarle.

El Jurado debe limitarse a actuar en términos sumarísimos una determinación de la materia litigiosa, pudiendo llegar a resolver sobre la cesación del acto o inclu



so sobre su eliminación anterior a cualquier ejecución. Para lo cual parece imprescindible contar con la aportación de peritos y prácticos en las técnicas psicológicas, además de con una documentación objetiva sobre circunstancias de productos y servicios en el mercado, que deben confiarse a la propia Junta Central.

Esta debe ser legitimada para actuar ante los Tribunales. A cuyo fin contaría con un procedimiento de urgencia con trámites sumamente abreviados que terminaría en decisiones de cesación o eliminación definitiva del acto. Muy posiblemente, por lo demás, tal procedimiento podría ser cauce de otras pretensiones fundamentadas en analogías bases, como pueden ser las de prensa o imprenta y, en general, las de toda comunicación social. Contribuyéndose así a robustecer la eficacia de la Jurisdicción a costa de la insaciable arrogación de potestad que manifiesta la Administración Pública.

Mientras tales reformas no se produzcan, el Estatuto no producirá los resultados que de sus normas sustantivas cabría esperar. Y prácticamente se habrá limitado, con traición para sí mismo, a sancionar un régimen más

o menos perfeccionado de autoreglamentación. Con el peligro de que de la sanción legal saldrán fortalecidas prácticas que si justificadas desde el interés de los profesionales pueden incluso atentar a la finalidad perseguida por la misma ley.

- LXXII -

Cualquier sistema de autoreglamentación de la publicidad merece simpatía. Pero a condición de que se mantenga en sus propias coordenadas que la imponen límites derivados de la voluntariedad de la aceptación o del abuso o desviación de derecho. Manteniéndose, por lo demás, necesariamente subordinado a los principios generales que inspiran la actual organización económica. Singularmente, el de libertad en la competencia, que puede ponerse en serio peligro a través de un mal entendido régimen autoreglamentario.

- LXXIII -

El Estatuto de la Publicidad deja expresamen



te a salvo la competencia que corresponda a diversos Organos de la Administración que pueden dictar reglas a las que deberá someterse la publicidad en razón de diversas circunstancias.

Por el principio de legalidad, la contravención a tales reglas resultará sancionable por la vía general del Estatuto. Se mantiene la superposición de potestades administrativas y de sanciones.

- LXXIV -

El contrato que eventualmente vincule a un anunciante con una agencia en el que ésta asuma la obligación de cursar a los medios la orden de ejecutar unos actos en cuya instrumentación ella no intervino, no es el contrato de publicidad tipificado en el Estatuto.

- LXXV -

El contrato por el que una persona asume el riesgo de la explotación publicitaria de un medio, no es

el contrato de difusión que el Estatuto tipifica.

- LXXVI -

El "contrato de publicidad" no tiene por qué referirse necesariamente a una campaña. La instrumentación de un solo acto puede ser el objeto del mismo.

- LXXVII -

En el interés del anunciante está por definición que la comunicación del mensaje al público se produzca. No es necesaria la intervención de una agencia de publicidad en las relaciones que el anunciante deba trabar para satisfacer aquella finalidad.

- LXXVIII -

En el contrato de publicidad la agencia asume la obligación de que llegue a ejecutarse un acto publicitario en cuya instrumentación ella haya participado, más o menos ampliamente, pero de algún modo. Este contrato es



la traducción jurídica de las operaciones propias del tráfico de las agencias modernas de publicidad, que se constituyen en consultores de sus clientes los anunciantes sobre las acciones publicitarias que parece conveniente que comprendan.

- LXXIX -

No considero posible ni útil intentar una calificación de la naturaleza jurídica del contrato de publicidad. Que supondría un dogmatismo estéril puesto que, en mi opinión, no puede reconducirse ni a la categoría de los de obra ni a la figura de la comisión. Su contenido rebasa los márgenes de ambas configuraciones.

La relación entre anunciante y agencia en el contrato de publicidad es una relación de colaboración en la que si bien la organización de la última se pone a disposición del primero, la efectiva utilización puede ser muy diversa. Consistiendo en unos casos en verdaderos servicios, en otros en procurar un resultado, en otros más en la actuación por cuenta del anunciante frente a terceros. Y, lo más probable, es que la colaboración abarque todos esos aspectos.

Por lo mismo, el régimen legal habrá de integrarse, en su caso, con los criterios que se deducen de las normas aplicables a supuestos cercanos al que en el caso se trate.

- LXXX -

La ejecución del proyecto de publicidad está en la ejecución del contrato. No es presupuesto de su perfección. Porque el contrato está perfecto, la agencia realiza el proyecto iniciando su ejecución.

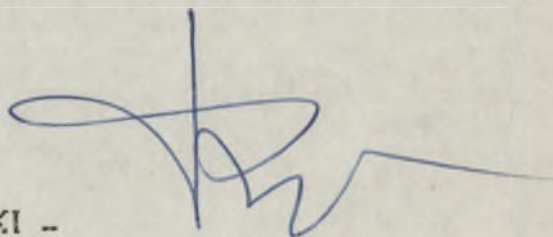
Para considerar que el contrato está perfecto es necesario contar con unas premisas que hagan determinable la prestación. En su ausencia, la solicitud del anunciante se valorará como invitación a la agencia para que formule su propuesta.

Si la realización del proyecto es ejecución por la agencia de la obligación que le incumbe se comprende que del hecho de que la publicación del mensaje se considere ilícita no deriva sin más la nulidad del contrato por la ilicitud del objeto. Que sólo lo será por virtud de la ilici-



tud objetiva del contenido de la actividad del anunciante.

La práctica de que el anunciante se reserve el derecho de la aprobación del proyecto no implica que éste no esté en la ejecución del contrato ni que sólo se determine su contenido a través de la aprobación. Es simplemente el reconocimiento de que el anunciante es el dominus de su publicidad en la relación de colaboración que le vincula a la agencia, que por lo mismo es revocable. Lo que no supone desconocer el derecho de ésta última a quedar indemne de los gastos que se le hayan originado. Para lo que se tendrá en cuenta si la agencia se sujetó o no a las instrucciones del anunciante o si actuó dentro de lo que a su condición de experta es exigible.



- LXXXI -

El artículo 39 del Estatuto no se refiere a los proyectos publicitarios surgidos como consecuencia de un contrato de publicidad sino que contempla aquellos que se sitúan en un momento antecontractual. Y si la iniciativa parte del anunciante, la ley se inclina a su favor en la pugna



que puede surgir con la agencia cuando ésta pretenda percibir una remuneración por su proyecto. Sólo cuando expresamente se haya pactado existirá tal derecho para la agencia.

A excepción de que la invitación se produzca simultáneamente a varias agencias, en cuyo caso el artículo 39 se decide por proteger a éstas últimas imponiendo su derecho a percibir remuneración. La determinación de su cuantía se obtendrá por la aplicación del uso y en último término por la decisión de los Tribunales.

Por lo tanto, el artículo 39 no ocupa el mejor lugar en la ley pues desde un punto de vista sistemático puede llevar a la equivocada conclusión de que su primer párrafo se aplica a los supuestos de los proyectos elaborados en ejecución de un contrato de publicidad.

En la obligación de ejecutar el acto de comunicación que la agencia asume por virtud del contrato de publicidad, el Estatuto introduce una norma específicamente aplicable al caso de que aquella deba cumplirse a través de un

medio institucionalizado con el que la agencia deberá concluir un contrato de difusión.

Pero el artículo 33 del Estatuto no impide que se califique "de publicidad" el contrato entre anunciante y agencia cuando la ejecución de la comunicación se realice por otros medios.

Las razones que pueden justificar la norma del artículo 33 son dos. De un lado, la preocupación del legislador por las cuestiones relativas a las funciones de los "sujetos" de la actividad. Quiere que una agencia obtenga el derecho a la utilización de los "espacios" del medio sólo cuando actúa en interés de un determinado y concreto anunciante para cuya publicidad los utilizará. Sin embargo, esta finalidad no llega a cumplirse sino a través de un complejo proceso. Porque previendo el artículo 33 que la agencia puede actuar como el comisionista, esto es, como tal simplemente o como representante, resultarán de aplicación las normas generales contenidas en el Código de Comercio. Y, llamando la agencia el nombre de su supuesto comitente podrá obtener los "espacios" de los medios.



Para tales anómalos casos habrán de aplicarse los preceptos prohibitivos de la autoentrada del comisionista.

Ahora bien, la posible actuación de la agencia en nombre del anunciante puede tener consecuencias sumamente graves para los medios que no podrían dirigirse contra las agencias si éstas probaren la comisión o el anunciante no la negare. Y desaparecerán las obligaciones de garantía accesorias de las de las agencias frente a los medios.

La segunda razón que pudo motivar al legislador para dictar el artículo 33 del Estatuto es la de facilitar al máximo la rápida conclusión y liquidación de los negocios mediante la no exigencia de formalidad alguna para que las agencias contraten con los medios. Claro es que no se vé la razón por la que el legislador no previó que cuando las agencias contratan con los medios actúan en interés propio. El mismo que se advierte en los contratos que concluyen por ejemplo con un impresor para la impresión de un folleto que deben entregar al anunciante o que deben difundir.



El origen de la representación de la agencia no es legal sino convencional. Se encuentra en la autorización del anunciante para que actúe en su nombre. Basta esa autorización, sin que sea necesario forma alguna. Surgen entonces los problemas relativos a la prueba. Que se agravan porque el contrato de publicidad tampoco es formal. No bastará probar que ese contrato existía sino que se requerirá la prueba de que en él se autorizaba a la agencia a actuar como representante. Delicado y complejo problema que la ley no resuelve y que había de confiarse a los Tribunales.

Las facultades de la agencia representante son todas las necesarias para concluir los contratos de difusión pero sólo aquellos que sean necesarios para que la agencia cumpla su obligación contractual frente al anunciante. En definitiva, los necesarios para ejecutar el proyecto aprobado por el anunciante. Nuevo problema de prueba que deberá resolverse por los Tribunales. Y que unido a todo lo anterior inclina a considerar el artículo 33 del Estatuto como poco ejemplar si de dar soluciones a los problemas de la vida se trata.

- LXXXIII -

El artículo 33 del Estatuto es suficiente para asimilar la agencia en la conclusión de los contratos de difusión al comisionista, y desde tal óptica la regla de que el comisionista no puede sustituirse sin expresa autorización del comitente deja poco margen al recurso a las agencias llamadas de distribución de medios.

- LXXXIV -

El contrato a que se refiere el artículo 27 del Estatuto puede ser el de publicidad y el de difusión. Pero cuando el anunciante contrató con la agencia, es al que entre ellos pactan al que debe entenderse referido el precepto. Tanto si la agencia actúa como comisionista como si lo hace como representante.

El artículo 27 expresa la regla, ya admitida por nuestra mejor doctrina con carácter general, de que la agencia sólo tiene derecho a la contraprestación cuando se ha producido el resultado publicitario. Es decir, cuando la comunicación se ha producido.



Impone el precepto el juego del mecanismo propio de las obligaciones recíprocas pero obviamente dentro de los límites en que su existencia se advierte dentro del contrato. Siendo las prestaciones divisibles cuando tenga por contenido la ejecución de varios actos, la reciprocidad se produce por cada una de las fracciones en que se divide el cumplimiento. En suma, la decisión del anunciante se contrae, en su caso, a exigir el cumplimiento o a desistirse de que el acto de que se trate se ejecute.

Pero, dentro de este ámbito, el artículo 27 asimila el cumplimiento defectuoso al total incumplimiento.

Puede exigir el anunciante de la agencia que se repita el anuncio por cuenta de ésta. Y puede exigirle responsabilidad por la inexecución o ejecución defectuosa no sólo en los mismos casos y con el mismo alcance que es exigible la responsabilidad al medio, sino incluso en forma más grave, pues el carácter profesional de la agencia permite exigirle que conozca si en el caso concreto la ejecución del acto no chocaría con la facultad que el artículo 28 concede al medio.

En definitiva, la <sup>1</sup>agencia responde frente al anunciante como comisionista del credere.

Sin embargo, entiendo que la responsabilidad de que la agencia frente al anunciante por supuestos de inejecución de los anuncios motivados por el rehusé del medio en base al deber que le impone el artículo 26, debe ser matizada en cada caso. Porque no es lo mismo la ejecución de un acto publicitario ilícito por contravenir el principio de legalidad que por contravenir el principio de veracidad o libre competencia que requieren el conocimiento de factores que sólo marginalmente puede exigirse a la agencia si el anunciante no le suministró adecuada información.

La obligación de fidelidad se impone expresamente a la agencia. Creo que la contradice abiertamente la viciosa práctica que se sigue en el mercado de que las agencias obtengan retribución de parte de los medios. Una supresión de la inexplicable práctica sería acorde con esta obligación de la agencia.



- LXXXVI -

De la obligación de fidelidad deriva la de conservar en secreto los datos y circunstancias relativos a la actividad para la que la publicidad se realiza, así como los proyectos relativos a ésta misma.

Esta obligación específicamente contemplada en el Estatuto se contradice con la práctica de utilizar otras agencias en la distribución de la publicidad a los medios. Y singularmente si esas agencias son de publicidad general a las que se autoriza la actividad de las de distribución por el Reglamento del Registro.

Una revisión del texto reglamentario en este punto parece absolutamente imprescindible.

- LXXXVII -

La segunda obligación derivada de la genérica de fidelidad es la que impone a la agencia el artículo 36 del Estatuto.



En mi opinión el precepto se refiere a contratos con cláusula de exclusiva, no siendo suficiente que, de hecho, la agencia dirija ella solamente toda la actividad publicitaria relativa a un producto o servicio.

Pero puesto que esta obligación es corolario de la genérica de fidelidad que se impone con abstracción de que la agencia dirija o no en exclusiva la publicidad de su cliente, debe entenderse que, constante un contrato de publicidad aunque no sea con cláusula de exclusiva, no debe la agencia concluir otro con tal cláusula en favor de productos o servicios en concurrencia.

La norma se refiere a esta concurrencia o competencia de productos o servicios y no a la que pueda existir entre los anunciantes en razón de otros diversos.

- LXXXVIII -

La relación entre anunciante y agencia por virtud del contrato de publicidad es una relación de colaboración, y como tal, normalmente, estable o duradera y basada en la confianza.

Constante el contrato la agencia vendrá obligada a prestar al anunciante todos los servicios relacionados con la publicidad del mismo.

- LXXXIX -

El anunciante debe pagar a la agencia una contraprestación en dinero. Cuya forma de percepción y cuantía se determinará en el contrato.

Las partes en el contrato pueden y deben prever lo relativo a los gastos que se originen a la agencia por la realización del proyecto.



Del artículo 32 del Estatuto se deduce que la contraprestación remunera los gastos que están ínsitos en la habitual explotación empresarial de la agencia. Pero no impide que la agencia pueda pretender la compensación por los que se le hayan originado, en la realización concreta del proyecto. Si sobre ello nada se convino, creo que, salvo para los que resulten inevitables razonablemente aunque no útiles, la agencia deberá consultar con el anunciante para que no queden de su cuenta.



- 1223 -

- XC -

El contrato de publicidad no puede ser resuelto por voluntad de la agencia.

- XCI -

El anunciante puede revocar en cualquier momento el contrato de publicidad.

Todos los contratos que se refieren a diversos actos publicitarios se entienden concluidos bajo condición de resolución unilateral por parte del anunciante. Incluso en ciertos supuestos éste estará obligado a revocarlos.

Aunque el artículo 38 del Estatuto puede servir incluso de apoyo a la tesis sostenida, su confusa redacción aconseja que sea reformado.

- XCII -

El contrato de difusión publicitaria o de tarifi

fa no agota las relaciones tendentes a la realización de una comunicación publicitaria. Es la figura que recoge el vínculo entre anunciantes o agencias y medios institucionalizados que efectúan una explotación racionalizada de los "espacios" de que disponen.

El título por el que se disfruta de tal disposición es irrelevante. Lo decisivo es que pueda disponerse.

- XCIII -

En contrato de difusión es en todo caso un contrato de obra. El medio promete a la otra parte el resultado de la divulgación del mensaje entre su audiencia. La física utilización del espacio no tiene relieve sino en cuanto que se ordena a ese fin.

Cuando el emplazamiento del mensaje se ha previsto a la prestación principal se subordina la de realizar la inserción en el "espacio" fijado.



- XCIV -

El principio de paridad de tratamiento que se impone en la contratación de difusión alcanza no sólo a que las tarifas del medio se aplicarán con carácter general sino también a que no pueden convenirse condiciones que no figuren en las que se hacen públicas por su inscripción en el Registro de la Publicidad.

- XCV -

La característica posición del medio de publicidad como vehículo de comunicación con una audiencia puede admitirse que entraña una cierta similitud con las posiciones de dominio.

Difundir publicidad a través de un medio puede ser arma valiosa de la competencia entre los anunciantes.

Ambas circunstancias permiten concluir que el medio está obligado a contratar salvo una justa causa. Que se reconoce en los casos en que el contrato tuviera

por objeto una difusión ilícita. Admitida la posibilidad del agotamiento de los "espacios", se impone al medio la obligación de comunicárselo así a quien le ordene la inserción.

- XCVI -

El contrato de difusión es consensual y no precisa de forma alguna. Cuando la ley se refiere a " la orden " no le dá mayor alcance que el que la práctica le dá. Que puede ser la declaración de voluntad del anunciante o la agencia, o simple confirmación de la previa declaración que acompaña a la pieza publicitaria que habrá de difundirse.

Si tal difusión fuese ilícita no por eso se anularía el contrato en base a la ilicitud de su objeto.

- XCVII -

La obligación fundamental del medio en el contrato de difusión es la de difundir el mensaje a su audiencia. Por lo tanto, es exigible que el mensaje se incorpore al medio de comunicación con su contenido propio



y peculiar.

El mensaje no puede sufrir manipulación alguna por parte del medio.

Si el "emplazamiento" no se ha determinado, el medio está en libertad de insertar el mensaje en el lugar que estime por conveniente.

- XCVIII -

Cuando la explotación de los "espacios" del medio la realiza una agencia de exclusivas, el contrato que éstas realizan con los anunciantes u otras agencias es de difusión.

La agencia de exclusivas se obliga como el medio y con idéntico alcance. Pero el medio le será responsable en virtud del contrato que le vincula a aquella de que efectivamente se produzca la difusión no ya del mensaje sino del soporte de la comunicación según su propia naturaleza.

El deber del anunciante o la agencia de entregar al medio el material necesario para la inserción se impone como deber de acreedor y no como obligación.

Normalmente, las condiciones de los medios preverán la circunstancia del incumplimiento del deber señalado que si posible por el carácter revocable del contrato no debe suponer una perjuicio al medio.

Del sistema del Estatuto se deduce, a mi juicio, que los medios harán muy bien en reservar el espacio contratado haciendo constar esta circunstancia.

El artículo 46 del Estatuto no parece muy justificado en sus propios términos. Creo que merece una aclaración de su alcance o que debe ser derogado porque en algunos aspectos contradice tanto el concepto mismo del contrato de difusión como el régimen que se impone.



El medio sólo acredita su derecho a la contraprestación cuando el resultado de la comunicación se ha producido.

El Estatuto establece la presunción de que de la falta de ejecución o de la ejecución defectuosa es responsable el medio. Salvo que éste pruebe lo contrario, se-  
rá de aplicación lo previsto en el artículo 27.

El sistema que el Estatuto establece es en este punto fragmentario. Y el artículo 50 poco satisfactorio.

Si el medio ha respetado todo el "espacio" contratado -con lo que ha cumplido sin defecto- no sólo no responde de la utilización parcial del mismo sino que incluso acredita el derecho a la íntegra contraprestación. No parece que estas deban ser las consecuencias cuando el medio aprovechó la deficiente utilización del espacio, en cuyo caso no hay razón para que se le satisfaga la contrapresta-  
ción íntegramente.

- CII -

Creo que la regla de la responsabilidad del medio debe formularse en el sentido siguiente: Es responsable el medio siempre que no pruebe que la ejecución defectuosa o el incumplimiento se han producido por causas ajenas a él mismo y que no estaba en su condición el conocer y evitar. Pero queda exonerado incluso cuando él sea el causante siempre que haya obrado en virtud del especial deber de diligencia que a su condición impone el artículo 26 del Estatuto o de la facultad que ese precepto le reconoce.

- CIII -

Del contrato de difusión puede desistir unilateralmente en cualquier momento el anunciante o la agencia.

Si las tarifas o condiciones generales no prevén las consecuencias económicas que se producirán en tal caso, serán los Tribunales de Justicia los llamados a



resolver a su prudente arbitrio.

- CIV -

El contrato de obra o creación publicitaria se configura para dar satisfacción a la necesidad de obtener la creación de un proyecto publicitario. Quedando fuera de la relación los aspectos relativos a su ejecución.

- CV -

La obra que constituye el elemento objetivo del contrato de creación es la obra del espíritu. Pero entendida en el más amplio sentido. Es el fruto de la actividad creativa aunque no esté incorporada al corpus mechanicum.

Por lo mismo, no tiene relevancia ahora que sea el elemento objetivo sobre el que recae un derecho. Ni el de las propiedades especiales, ni el que se prevé en los artículos 70 y 71 del Estatuto.

Aunque la obra no sea objeto de tutela algu-

na puede ser obra en el sentido de resultado que se espera en un contrato de creación publicitaria.

- CVI -

La naturaleza jurídica del contrato es obviamente la del de obra. Pero es lamentable que el Estatuto no desarrolle su régimen jurídico y se remita el Código civil que es tan insuficiente en este punto. Y más en relación con las obras del espíritu.

- CVII -

La obligación fundamental de la agencia o el estudio es la de realizar la obra para la otra parte

Sobre toda obra surge el derecho para quien la crea -el autor o la organización en cuyo seno se alumbró- a una compensación económica. Es la contraprestación que se recibe en este contrato.

Y sobre algunas obras surge, además, el derecho a impedir que se utilicen fuera de los fines publici



tarios, porque serían susceptibles de una utilización distinta. El contrato de creación publicitaria no transmite más que los derechos a la utilización a los fines de la publicidad.

Las partes podrán convenir además el alcance de esa utilización o la posibilidad de nuevas compensaciones. Lo que no podrá el creador es establecer ninguna reserva que implique una restricción en la competencia.

- CVIII -

La creación de la obra es ejecución del contrato y, por consiguiente, salvo ilicitud objetiva por el contenido de la obra teniendo en cuenta la finalidad publicitaria, que divulgar la creada sea ilícito no trasciende a la validez del contrato, aunque implicará un incumplimiento del mismo.

- CIX -

La obra, aun en los casos de máxima iniciativa al creador, surge siempre, por definición, subordinada a la realidad que suministra el anunciante. Al que le

incumbe aunque el Estatuto no lo diga el deber de acreedor de informar y comunicar cuantos datos sean convenientes.

También en este contrato está presente el elemento de colaboración y la idea de subordinación o instrumentalidad de la publicidad a la actividad del anunciante. Por lo que la obra debe realizarse a satisfacción del mismo.

Pero, fuera de los posibles juicios estéticos, que no pueden tener relevancia sino para decidirse a utilizarla o no, la obra puede resistir un juicio pericial. Y a él deberá someterse en caso de reprobación por el anunciante.

Entiendo que la obligación de fidelidad es también exigible por virtud de este contrato por darse las mismas circunstancias de principio que la imponen en el contrato de publicidad.



- 1235 -

- CXI -

Al contrato de creación es aplicable lo dispuesto por el artículo 1,594 del Código civil.

- CXII -

El contrato de mediación o comisión publicitaria no agota todos los supuestos posibles de mediación en el campo de la contratación publicitaria.

Sólo atiende a regular la relación entre los agentes y las agencias o los medios por la que aquellos asumen la actividad de "producción" de éstos.

- CXIII -

El contrato ni siempre es de mediación ni nunca es de comisión.

No es siempre de mediación porque el agente puede intervenir en la conclusión del contrato, como representante de la agencia o el medio.

No es nunca de comisión porque tiene prohibido concluir ese contrato en nombre propio.

- CXIV -

Cuando el agente se vincula de modo estable a la agencia o al medio, el contrato es de agencia.

No pueden olvidarse en este punto las normas de la ley de contrato de trabajo.

- CXV -

La peculiar posición de los medios en el tráfico y las reglas que imponen el principio de paridad de trato a los agentes me parece que hacen artificioso e inútil pretender que exista un contrato entre los medios y los agentes libres.

- CXVI -

El artículo 56 del Estatuto en su ambigüe -



dad resulta chocante con el carácter no formal de los contratos publicitarios. Y no resuelve el problema de la prueba del de mediación que podrá probarse por cualquier medio.

- CXVII -

Por la ambivalencia del contrato y la parquedad de su régimen legal, habrá de estarse a lo que las partes hayan convenido en cada caso.

No creo que el silencio de la ley sobre las obligaciones del agente suponga que no le incumbe ninguna.

- CXVIII -

La retribución del agente se debe desde que el contrato principal se concluye con su intervención. Que debe ser causa próxima de la conclusión aunque no sea ni la única ni la principal.

El derecho a la retribución existe en los supuestos de "fraude al mediador".

- 1238 -

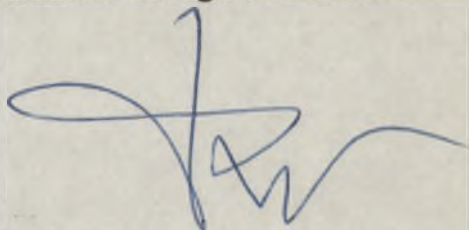
- CXIX -

La única forma que se admite de retribución al agente es la de la comisión.

Por lo mismo y atendida la revocabilidad de los contratos publicitarios, parece que la cuantía del derecho del agente debe guardar proporción con lo que realmente importa el contrato principal en que intervino.

- CXX -

La obligación de retribuir al agente incumbe a la agencia o al medio.



- CXXI -

El derecho del agente a la retribución vive todo lo que viva el contrato que por su intervención se concluyó.

Pero el Estatuto desconoce el derecho que puede corresponder al agente cuando el contrato sea de



agencia a obtener retribución por las operaciones celebradas por su principal con quién fué atraído hacia él por el agente aunque éste no haya intervenido.

- CXXII -

Ante el silencio legal sobre extinción del contrato de mediación, se estará a las reglas generales de aplicación a todos los contratos y a las específicas de los del género de gestión de negocios.

Cuando su duración sea indeterminada, el principio de la buena fé deberá ser especialmente salvado.

BIBLIOGRAFIA



N O T A.- Me parece conveniente una advertencia preliminar en relación con la bibliografía.

El fenómeno publicitario puede contemplarse desde varias perspectivas. Es lo que hace el Estatuto español. Que, sin embargo, no las agota, porque margina la observación desde la óptica de las obligaciones y contratos, no obstante la posibilidad de la incidencia del fenómeno en las declaraciones negociales.

Un exámen que contribuya al estudio del régimen jurídico aplicable a la publicidad, exigía imprescindiblemente recoger las tesis y opiniones más autorizadas en cada uno de los sectores que se descubren en la observación.

A) Aislada la publicidad como conjunto de relaciones susceptibles de soportar un tratamiento jurídico unitario, era inevitable despejar la incognita de la integración de las normas que la regulan, Que se reclamaba además de por la equívoca redacción del artículo cuarto del Estatuto, por los comentarios que se han producido, en dirección que considero peligrosa.

La tarea exigía acudir a la doctrina general sobre estas cuestiones.

B) A la misma conclusión se llega por la consideración de la publicidad como fenómeno con trascendencia social. Por el doble orden de razones siguiente:



a) - Las consecuencias de la publicidad en las declaraciones negociales del público frente al - anunciante, parecían reclamar un encuadramiento de la cuestión a la luz de la doctrina del negocio jurídico y la formación de los contratos.

b) - Lo mismo hay que decir por lo que se refiere a la afectación de muy diversos conjuntos de intereses, que determinaron al legislador a imponer una especial disciplina en el Estatuto.

c) Que éste se preocupe de establecer el germen de unas categorías profesionales a cuyos componentes se les reconoce una organización empresarial o el - ejercicio del comercio, comporta enfrentarse a la obtención de unas conclusiones que debían fundamentarse en la doctrina general.

D) A la que era imprescindible acudir también en lo relativo al análisis de las nuevas figuras - contractuales tipificadas en el Estatuto.

E) La consulta podía referirse a doctrina más especializada en punto a los temas de protección del autor de la obra publicitaria, y de la disciplina de la competencia desleal.

Pero aún así, creo oportuno señalar que, entre nosotros, ambas cuestiones se encuentran básicamente



te tratadas por los autores en sus Obras de carácter general. Una bibliografía específicamente referida a las obras publicitarias o a la competencia a través de la publicidad es prácticamente inexistente. Como también lo es una jurisprudencia suficiente.

Por lo demás ni nuestros tratadistas han aislado la publicidad dentro de sus concepciones en estas materias, ni tampoco la doctrina extranjera lo ha hecho en volúmen apreciable.

La radical novedad que representa nuestro Estatuto en relación con el Derecho histórico y comparado determina que si a partir de él podemos hablar de una disciplina jurídica de la publicidad y de un régimen aplicable a las obras publicitarias, no se encuentre sin embargo un parejo tratamiento doctrinal ni por nuestra mejor doctrina ni de modo suficiente por la extranjera. Si no que se articula dentro de la general contemplación de la competencia o de los derechos sobre bienes inmateriales. Creo que las excepciones confirman la regla.

Y aún dentro de las obras especializadas, se advierte una presencia importante de las que tienen una finalidad práctica, al lado de las que se ocupan científicamente de la materia.

En consecuencia con todo lo cual no me ha parecido gratuito no ya sólo acudir a los autores y a sus



obras generales sino tampoco hacerlas figurar en la nota bibliográfica. Porque de todos y de todas he intentado extraer los principios, las orientaciones y, en suma, la autoridad que encierran, continuando, por lo demás, el imperecedero método constructivo en nuestra ciencia de hacer descansar cualquier opinión en la mucho más autorizada -sin duda, en mi caso- de ilustres jurisconsultos.

Por último, conviene destacar que las Revistas especializadas se orientan de modo principal desde los problemas de la técnica publicitaria. Cuando tratan de temas jurídicos o con enfoque jurídico, la dimensión esencialmente práctica priva, por lo general, sobre los planteamientos dogmáticos. Merece sin embargo destacarse la labor llevada a cabo en este campo por el Instituto Nacional de la Publicidad por medio de su Revista -PUBLICIDAD que constituye una valiosa herramienta para la documentación en tonos de una gran dignidad.



A) - OBRAS DE CARACTER GENERAL:

ALBADALEJO, M.: "Instituciones de Derecho Civil".  
Real C. de San Clemente. Bolonia 1.964.

ALVAREZ DEL MAN  
ZANO, F.: "Curso de Derecho Mercantil filosófi-  
co, histórico y vigente". 2ª ed. Madrid  
1.903.

ARRILLAGA, J.I.de: "Valor de las ofertas hechas a perso-  
nas indeterminadas". RDM. nº 40 1.952.

ASCARELLI, T.: "Panorama del Derecho Comercial". Trad.  
J.M. Jayme Urrizaga. Ed. Dapalma. Bue-  
nos Aires. 1.949; "Iniciación al estu-  
dio del Derecho Mercantil". Trad. Ver-  
dera. Ed. Bosch. Barcelona. 1.964; "Teo-  
ría della concorrenza e dei beni imma-  
teriali". 3ª ed. Milano 1.960.

AULETTA, G.: "Commentario del Codice civile" de Scia-  
loja e Branca. Libro quinto: Del Lavoro  
Bolonia-Roma 1.954.

BARBERO, D.: "I beni immateriali come oggetto di Di

ritto". Studi in onore di Paolo Greco.  
Padova 1.965. Vol. I. pág. 29 y siguientes.

BAUDRY-LA CAN-

TINERIE, G.: "Traité théorique et pratique de Droit  
civil". Des Obligations. Paris. 1.900.

BENHAM, F.:

"Curso superior de economía". Trad. -  
Victor L. Urquidi: Fondo Cultura Económica. México. 1.948.

BERCOVITZ, A.:

"La ley alemana de invenciones laborales de 25 de julio de 1.957". RDM, número 84 1.962.

BONILLA Y SAN MARTIN, A.:

"Sobre los efectos de la voluntad unilateral (propia o ajena) en materia de obligaciones mercantiles". Madrid 1.901.

BONNECASE, J.:

"Elementos de Derecho Civil". Trad. J.M. Cajica jr.. México D.F. 1.945.

CASANOVA, M.:

"Le imprese commerciali". Torino 1.955.



- CASTAN, J. "Derecho civil español común y foral".  
I.E. Reus. Madrid.
- DE CASTRO, F.: "Derecho civil de España". I.E.P. Ma-  
drid 1.952 y 1.955; "El negocio jurídico"  
I.N.E.J. Madrid. 1.967.
- CARNELUTTI: "Concorrenza parassitaria?" Riv.dir.  
civ. 1.959. I.
- CUELLO CALON, E.: "Derecho Penal". 11ª ed. Bosch. Barce-  
lona.
- DUALDE: "La materia contractual única". Libro  
homenaje a D. Felipe Clemente de Diego  
Madrid. 1.940.
- ENDEMAN, G.: "Manuale di Diritto Commerciale, marí-  
timo, cambiario". Trad. it. Olivieri.  
Foà e Betocchi. Nápoles. 1.903.
- ENNECERUS-  
LEHMANN.: "Tratado de Derecho Civil". Derecho de  
obligaciones". con notas de PEREZ Y AL-  
GUER. Bosch. Barcelona. 1.954 y 1.966.

- ESCARRA: "Traité théorique et pratique de Droit Commercial". Paris. 1.953.
- FERRARA, F. (jr.): "La teoría jurídica dell'azienda. Firenze. 1.945.
- FLORES MICHEO, R.: "El contrato de agencia". Rev, jur.de Cataluña. 1.957.
- FORMIGGINI, A.: "Il contratto di agenzia". 2ª ed. Torino. 1.958.
- FRANCESCHELLI, R.: "Trattato di Diritto industriale". Giuffré. Milano 1.961; "Le idee come oggetto di rapporti giuridici". Studi in memoria de Lorenzo Mossa. Padova. 1.961. Vol.II pág. 229 y siguientes; "Sulla concorrenza sleale". Riv. dir. ind. 1.954 I; "L'esistenza di una situazione di concorrenza in senso economico come presupposto della concorrenza sleale". Riv.dir. ind. 1.958.
- FREDERICQ, L.: "Traité de Droit Commercial Belge". -- T. III. 1.947.



- FULLER-PERDUE: "Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza". Trad. Puig Brutau. Barcelona. 1.957.
- GALBRAITH, J.K.: "El nuevo estado industrial". Trad. M. Sacristán. Ariel. Barcelona. 1.967.
- GARRIGUES, J.: "Tratado de Derecho Mercantil". R.D.M.; "Curso de Derecho Mercantil". 2ª y 5ª eds.; "Tres conferencias en Italia sobre el Fuero del Trabajo". Madrid. 1.939; - "La defensa de la competencia mercantil". Soc. de Est. y Pub. Madrid. 1.964.
- GAY DE MONTELLA, R: "Código de comercio español". Bosch. - Barcelona. 1.936.
- GAZAGNES, E.: "Etude sur les Agences d'Affaires" (Tesis). Paris. 1.898.
- GHIDINI, G.: "La concorrenza e.d. parassitaria". Riv. dir. civ. 1.964 I,
- GHIRON, M.: "La concorrenza e i consorzi". Torino 1.954.

- GIANNINI, T.: "La concorrenza sleale (della concorrenza sleale in senso proprio o extracontrattuale). Napoles. 1.898.
- GIORDANO, G.: "Il contratto di agenzia". Bari 1.959.
- GIRON TENA, J.: "Estudios de Derecho Mercantil". R.D.F. Madrid. 1.955.
- GRECO, P.: "Corso di Diritto commerciale e industriale".. I diritti sui beni immateriali. SPE. Torino.
- GUGLIELMETTI, G.: "Concorso di piú soggetti nell'atto di concorrenza sleale". Riv. dir. ind. - 1.955 II; "L'elemento soggettivo nell'atto di concorrenza sleale". Riv. dir. ind. 1.957. I.
- HAMEL-LAGARDE: "Traité de Droit Commercial". Paris 1954.
- HANBURY, H.: "The principles of Agency". 2<sup>a</sup> ed. London. 1.960.
- HERNANDEZ-GIL, A.: "Derecho de obligaciones". Madrid. 1.960.



- HIL SENRAD, A.: "Las obligaciones precontractuales".  
Trad. y nota para el Derecho Español:  
F. Menéndez Pidal. Madrid.
- JORDANO, J.: "Los contratos atípicos". Rev. Gen. Leg.  
y Jur. julio-agosto 1.953.
- KHALIL: "Le dirigisme économique et les contrats".  
Paris. 1.967.
- LANCELLOTTI: "La repressione de la concorrenza slea-  
le negli Stati Uniti". Padova. 1.961.
- LANGLE, E.: "Manual de Derecho Mercantil español".  
Bosch. Barcelona.; "La autonomía del De-  
recho Mercantil". Reus. Madrid. 1.942.
- LARENZ, K.: "Derecho de obligaciones". Trad. J. San-  
tos Briz. R.D.P. Madrid. 1.958/59.
- LEGA, C.: "La libera professione". 2ª ed. Milano  
1.952.
- LYON-CAEN y RE-  
NAULT: "Traité de Droit Commercial". T. 3º, 2ª  
ed. Paris. 1.891.

MARTI DE EIXA-

LA, R.: "Instituciones del Derecho Mercantil de España". 7ª ed. Barcelona. 1.875.

MARTIN MATEO, R.: "Silencio positivo y actividad autorizante". R.A.P. nº 48. 1.965.

MARTIN-BALLESTERO, L.:

"La manifiesta intención de obligarse y el Derecho nuevo". Madrid. 1.963.

MARTINEZ RUIZ, LF.: "Los derechos de autor sobre el film cinematográfico". RDM. nº 105, 106. de 1.967.

MESSINEO, F.: "Dottrina Generale del Contratto". 2ª ed. Milano. 1.946.

MORENO QUELADA, B.: "La oferta de contrato". Barcelona. -- 1.963.

MOSCO, L.: "La concorrenza sleale". Napoles 1.956.

MOSSA, L.: "Diritto Commerciale". Milano 1.937;  
"Trattato dil nuovo diritto commerciale secondo il codice civile dei 1.942". Mi-



lano. 1.942.

NAVARRINI, U.: "Trattto teorico-practico di Diritto -  
commerciale". Milano-Torino-Roma. 1.914.

PELLICER VALE-  
RO, J.: "Las prácticas abusivas". RDM. nº 104  
1.967.

PEREZ ESCOLAR, R.: "En torno a la proyectada reforma del -  
Estatuto sobre propiedad industrial".  
RDM. nº 104. 1.967.

PLANIOL-RIPERT: "Traité pratique de Droit civil français"  
2<sup>e</sup> ed. T. VI. Paris 1.952 y T. XI. Pa-  
ris 1.956.

POTHIER: "Traité de la vente". Paris. 1.806.

PUENTE MUÑOZ, M<sup>a</sup> T: "El pacto de exclusiva en la compraventa  
y el suministro". RDM. nº 103. 1.967.

PUIG BRUTAU, J.: "Fundamentos de Derecho Civil". Bosch  
Barcelona; "La jurisprudencia como fuen-  
te del Derecho". Barcelona.

- FUIG PEÑA, F.: "Derecho penal". RDP. Madrid. 1.955.
- REZZONICO, JM.: "Estudio de los contratos". 2ª ed. Buenos Aires. 1.959.
- RIPERT, G.: "Traité élémentaire de Droit Commercial" 4ª ed, Paris. 1.959.
- ROCCO, A.: "Principios de Derecho Mercantil". RDP. Madrid 1.931.
- ROMANELLI-GRIMALDI, V.: "Il diritto tutelato nelle norme sulla repressione della concorrenza sleale". Studi in memoria di Lorenzo Mossa. Padova. 1.961. Vol. III. pág. 289 y siguientes.
- ROTONDI, M.: "Studi di Diritto industriale". Padova 1.957.
- ROUBIER, F.: "Le droit de la propriété industrielle". Paris. 1.952.
- RUBIO, J.: "Sobre el concepto del Derecho mercantil" RDM. nov-dic. 1.947; "Introducción al -



Derecho mercantil". Ed. Nauta. Barcelona. 1.969.

RUGGIERO, R.: "Instituciones de Derecho civil". Trad. R. Serrano Suñer y J. Santa Cruz. Madrid 1.944.

VAN RYN, J.: "Principes de Droit Commercial". Bruselas. 1.957.

SACCO, R.: "Contratto e negozio a formazione bilaterale". Studi in onore di Paolo Greco. Padova. 1.965. Vol. II. pág. 953 y siguientes.

SALANDRA, V.: "Manuale di Diritto Commerciale". Milano. 1.959.

SAINT-GAL, Y.: "Protection et défense des marques de fabrique, de commerce ou de service".. 3<sup>e</sup> ed. Paris 1.965.

SAMUELSON, P.A.: "Curso de economía moderna". Trad. J.L. Sampedro. Aguilar. Madrid. 1.964.

SANCHEZ CALERO, F.: "Curso de derecho del seguro privado".  
Ed. Nauta. Bilbao. 1.961.

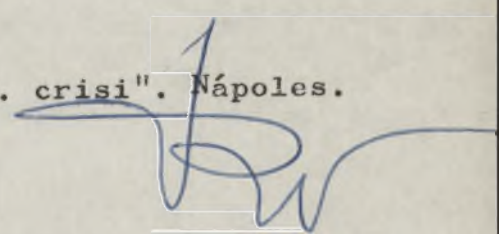
SANCHEZ ROMAN, F.: "Estudios de Derecho civil". 2ª ed. Ma  
drid. 1.900.

DE SANCTIS, V.: "Contratto di edizione "en trattato di  
Diritto civile e commerciale de CICU y ME  
SSINEO. Vol. XXXI. T. 1. Milano. 1.965.

SANTONS, M.: "El contrato de corretaje". Ed, Monte-  
corvo. Madrid. 1.965.

SANTOS BRIZ, J.: "La contratación privada". Madrid 1966.

SCHEGGI, R.: "Concorrenza, trust. crisi". Nápoles.  
1.954.



SENEN, y otros: "Comentario a la ley española sobre re-  
presión de prácticas restrictivas de la  
competencia". Soc. Es. y Pub. Madrid. -  
1.964.

SORDELLI, L.: "La concorrenza sleale". Giuffré. Mila-  
no. 1.955.



- THALLER, E.: "Traité élémentaire de Droit Commercial". 8<sup>a</sup> ed. Paris 1.931.
- TOESCA DI CASTELLAZO, C.: "L'offerta al pubblico". Torino. 1.903.
- URIA, R.: "Derecho Mercantil". Madrid. 1.958.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.: "Sociedad de masas y Derecho". Taurus. Madrid. 1.969.
- VALVERDE Y VALVERDE, C.: "Tratado de Derecho civil español". 4<sup>a</sup> ed. Valladolid. 1.936.
- VICENTE Y GELLA, A.: "Curso de Derecho Mercantil comparado". 2<sup>a</sup> ed. Zaragoza 1.948.
- VILLAR PALASI, J.L.: "La intervención administrativa en la industria". I.E.T. Madrid. 1.964.
- VIVANTE, C.: "Trattato di Diritto Commerciale". 5<sup>a</sup> ed. Milano. 1.926.

B) OBRAS ESPECIALIZADAS. -

- ALBUCHER, G.: "La Publicité commerciale et son rôle économique". (Tesis). Paris. 1.923.
- ARQUINT, G.: "Der Schutz des slogans". Basilea. 1.958.
- BAUMBACH-HEFER-MEHL.: "Wettbewerbs und Warenzeichen recht". 8<sup>a</sup> ed. München-Berlin. 1.960.
- BOCK, H.D.: "die Grenzen der Superlativreklame". Köln. 1.963.
- BONASI-BENUCCI: "Liceità del Warentest". Riv. dir. comm., 1.963. I.
- BORRIE y DIAMOND: "The consumer, society and the law" -- Harmondsworth. 1.964.
- BISHOP: "Advertising and the law". London. 1952.
- BRAUNMUHL-ZWECK: "Wirtschaftswerbung". 3<sup>a</sup> ed. Berlin 1.939.



- BURMANN, H. Fr.: "Das Recht der Wertreklame". Berlin - 1.965.
- BUSSMANN-DROSTE: "Werbung und Wettbewerb im Spiegel des Rechts". Essen. 1.951.
- CABANILLAS GALLAS, F.: "Principios jurídicos de la publicidad". I.N.R.. Madrid. 1.965.
- CALLMAN, R.: "Der unlautere Wettbewerb" 2<sup>a</sup> ed. Mannheim. 1.932; "The law of unfair competition and trade marks". 2<sup>a</sup> ed. Chicago 1.950.
- CAMPO URBANO, S.: "Sociología y publicidad". Conf<sup>a</sup> el 3-V-66 en INR. (La publicidad y sus fundamentos científicos. I.N.R. 1.966).
- CASTRO FARIÑAS J.A.: "Régimen jurídico de la publicidad en Alemania". Rev. PUBLICIDAD. INR. nº 6 - 1.966.
- CERVELLERA-FUSI: "La legislazione sulla pubblicità commerciale". Ed. Franco. Angeli. Milano. 1957; "Rassegna di giurisprudenza sulla pubbli

citá commerciale". Ed. Franco Angeli.  
Milano 1.957.

COMITE DEL PARTI-  
DO LABORISTA BRI-  
TANICO:

"La publicidad como medio de comunica-  
ción social". INF. Madrid. 1.967.

DUPERTUIS, F.R.: "Le droit d'antéur dans le domaine de la  
publicité commerciale". Lausanne. 1.964.

FERNANDEZ NOVOA, C.: "La interpretación jurídica de las ex-  
presiones publicitarias". RDM. nº 107  
1.968.

FERRANTE, A.: "Concorrenza sleale e pubblicità". Rass.  
prop. ind. 1.952.

FRANCESCHELLI, R.: "Osservazioni a varie sentenze in tema  
di réclame superlativa". Riv. Dir. ind,  
1.958; "Della concorrenza parassitaria,  
dei premie, delle medaglie inesistenti  
e di altri simile cose". Riv. dir. ind,  
1.962 II.

FUSI, M.: "Manuale legale e fiscale della pubblicá  
tá". Milano. 1.964.



GARCIA GRACIA, A.: "Régimen jurídico de la publicidad en Italia". Rev. PUBLICIDAD nº 2. 1.965.

GARRIGUES, J.: "Publicidad y competencia ilícita". Conf. en 26-IV-66, en INr. ("La publicidad y sus fundamentos científicos". INF. 1.966).

GHIDINI, G.: "Introduzione allo studio della pubblicità commerciale". Giuffré. Milano. 1.968; "Su alcune differenze tra gli orientamenti italiano e tedesco in tema di repressione della pubblicità mezzognera". Riv. soc. 1.965; "Note sulla réclame comparativa in Germania e nei paesi anglo sassoni". Riv. dir. civ. -- 1.966; "Osservazioni sulla redame superlativa nella dottrina e giurisprudenza tedesche". Riv. dir. civ. 1.966; "Marchi espressivi, labels e pubblicità". Riv. dir. ind, 1.966; "La reclame mezzognera come atto di concorrenza sleale". Riv. dir. civ. 1.967.

GREEFE, P., et, F.: "La publicité et la loi". Paris. 1.965.

- GUERIN, R.: "La publicidad es una violación". Trad. E. Criado. Sagitario. Barcelona. 1.964.
- GUGLIELMETTI, G.: "Gli slogans e la loro tutela". Studi in onore di Paolo Greco. Padova. 1.965. Volúmen I. pág. 550 y siguientes; "Slogan pubblicitario innocuo o atto di concorrenza sleale?". Riv. dir. ind, 1.957. II; "Diffida generica pubblicata e concorrenza sleale". Mon. Trib. 1.951.
- HAAS, C.R.: "Teoría, técnica y práctica de la publicidad". Trad. R. Vázquez. Rialp. Madrid, 1.959.
- HERBIN, F.: "Legislation de la publicité". Ed. de la Gourdine Lagny. 1.964.
- JOETZE, G.: "Die Sogenannte Superlativrekla~~m~~e in der Dogmatik des Werberechts". Berlín 1.962.
- LANGDON-DAVIES, F.: "Modern Advertising Law". 1.963.
- LEAFER, W.J.: "The law of Advertising". Butterworth. 1.961.



- LINTEN, J.: "La obligada soft-selling en el cine publicitario". Conf<sup>a</sup> en XVII Congreso Mundial de I.A.A. Paris. 1.965.
- LOPEZ ARANGUREN, J.L.: "La comunicacion humana". Ed. Guadarrama. Madrid. 1.967.
- LOPEZ IBOR, J.J. : "Publicidad y persuasion oculta". Conf<sup>a</sup> el 17-V-66 en INP ("La publicidad y sus fundamentos cientificos" INP. 1.966).
- LOUSTALAN: "La publicité dans la Presse Française". (Tesis). Pau. 1.933.
- MARTIN OVIEDO, J.M.: "Derecho publicitario español". ed. Grupo de Empresas Movierecord. Madrid. 1968.
- MATAJA, V.: "Die Reklame". Leipzig. 1.910.
- NOBILI: "Pubblicità del prodotto proprio e concorrenza sleale". Riv. dir. comm, 1.959 II.
- OPPENHEIM, CH.: "Cases on unfair competition". St. Paul Minn. 1.948; "Unfair trade practices". St. Paul. Minn. 1.950.

- PAPESCHI, G.: "Il contratto di inserzione pubblicitaria.". Milano. 1.961.
- PAPESCHI, M.: "La realtà giuridica dell'agenzia di pubblicità in Italia". Franco Angeli. Milano. 1.968.
- PEÑA FUENTES, M<sup>a</sup> C.: "Panorama jurídico de la publicidad en Inglaterra". Rev. PUBLICIDAD nº 3. 1.966; "La publicidad y su regulación en Bélgica y Holanda". Rev. PUBLICIDAD nº 7. de 1.967.
- SANTINI: "La réclame superlative in Germania". - Riv. dir. civ. 1.955 I.
- SCHONHERR-BUSS-MANN: "Vergleichende Reklame und Warentest in Rechts vergleichender Sicht". Weinheim. 1.964.
- SCHRICKEK, G.: "Die Täuschende Werbung im Italienischen Wettbewerbs recht". 1.962; "La repressione della concorrenza sleale negli stati membri della comunità Económica Europea". Vol. V: Italia. Giuffré. Milano. 1.968.



- SIMON, M.J.: "The law of Advertising and Marketing"  
New York. 1.956.
- SORDELLI, L.: "Problemi giuridici della pubblicità commerciale". Giuffré. Milano. 1.968; Note per una disciplina giuridica delle ideazioni pubblicitarie". Riv. Il diritto di autore. oct-dic. 1.963.; "Ideazioni ed atti della pubblicità commerciale e gli istituti di diritto industriale. Riv. dir. ind. 1.966. I.
- TRENTINI: "Concorrenza sleale e réclame parassitaria". Riv. dir. comm, 1.954. II.
- ULMER, E.: "La repression de la concurrence déloyale dans les états membres de la Communauté Economique Européenne". T.I.: Droit comparé. 1.967.; "La pubblicità nella concorrenza sleale". Nuova Riv.dir. comm, 1.952. I.
- VALENTINI: "La pubblicità come forma speciale di rivalità fra le imprese". Riv. int. scienze econ. e comm. 1.960.

VANZETTI: A.: "Repressione della pubblicità mezognera"  
Riv. dir. civ. 1.964 I.

VARANGOT, C.J.: "Los contratos de publicidad" RDM. números 89, 90 y 91; "Estatuto y reglamentación de la publicidad en España". Rev. - La Ley 12-IX-66. Buenos Aires.

VIDAL: "Introduction au contrôle de la publicité". Paris 1.960.

WEILER, E.: "La publicité" (Tesis). Nancy. 1.931.



C) REVISTAS ESPECIALIZADAS:

a) NACIONALES:

CONTROL DE PUBLICIDAD Y VENTAS.

ESTAFETA DE LA PUBLICIDAD.

I.F. INFORMACION DE PUBLICIDAD Y MARKETING.

PUBLICIDAD.

b) EXTRANJERAS:

ADVERTISING AGE Estados Unidos America.

ADVERTISER'S WEEKLY Gran Bretaña.

LA PUBBLICITA Italia.

L'ECHO DE LA PRESSE ET DE  
LA PUBLICITE, Francia.

VENDRE Francia.

ZV + ZV Alemania.

Nota. El Instituto Nacional de Publicidad, a través de su  
sección de Documentación y Ediciones, mantiene un -  
Boletín mensual de Información Bibliográfica, que, aunque -  
muy orientado hacia los problemas de la técnica publicita-  
ria, encierra un considerable interés.

-----

## INDICE GENERAL

### T O M O I

#### Pags.

#### CAPITULO I : INTRODUCCION

##### I. - Generalidades

- A) La Publicidad y el Derecho ..... 2
- B) El Estatuto de la Publicidad ..... 10

##### II. - Delimitación de la materia del Estatuto de la Publicidad

- A) La actividad publicitaria ..... 15
- B) Aspectos de la actividad publicitaria
  - a) Aspecto institucional ..... 18
  - b) Aspecto disciplinario y sancionador . 19
  - c) Aspecto contractual ..... 20

##### III. - Significado del Estatuto dentro del marco ge neral de las disciplinas jurídicas

- A) Estructura del Estatuto de la Publicidad. 21
- B) El particularismo del Estatuto. Alcance  
de su art. 4º ..... 23



IV.- <u>Plan de la tesis</u> .....	51
Notas al Capítulo I .....	55

## CAPITULO II : EL ACTO DE PUBLICIDAD

### I.- Concepto legal del acto de publicidad

#### A) Elementos subjetivos

a) Comunicación .....	63
b) Instrumentalidad .....	67
c) Intencionalidad .....	71
d) Voluntariedad .....	86

#### B) Elementos objetivos

a) Respecto de bienes de consumo ....	89
b) Respecto de factores de la producción	92

#### C) Elementos relativos a la actividad ..

a) Los actos en serie o repetidos .....	96
b) El acto continuado .....	101

### II.- El sujeto del acto de publicidad. El anuncian te

A) Situación jurídica del anunciante .....	104
a) La llamada "exclusiva de publicidad".	109
b) Significado de la inscripción en el Re gistro .....	117

B) El anunciante público .....	126
C) Pluralidad de anunciantes .....	131
Notas al Capítulo II .....	133

### CAPITULO III : EL ACTO DE PUBLICIDAD (cont)

#### I.- El objeto del acto de publicidad

A) El mensaje publicitario	
a) Concepto .....	139
b) Diferenciación de otros conceptos afi- nes .....	141
B) Elementos del mensaje publicitario	
a) Contenido del mensaje .....	143
b) Expresión del mensaje .....	147

#### II.- La tutela jurídica de la obra publicitaria en el Estatuto

A) Sujeto de la protección .....	152
B) Objeto de la protección .....	169
C) Alcance de la protección .....	179

#### III.- La forma del acto de publicidad

A) Significado de la forma .....	199
B) Hacia una clasificación de la publicidad - por la forma .....	202



C) La forma en el sistema español .....	206
Notas al Capítulo III .....	210

#### CAPITULO IV : LA EJECUCION DEL ACTO DE PUBLICIDAD

I.- <u>El soporte de la ejecución del acto de publicidad. El Medio</u>	
A) El medio y la forma del acto de publicidad .....	222
B) La llamada "exclusiva de publicidad" ...	245
C) Inscripción registral. Significado .....	257
D) El "espacio" publicitario .....	264
II.- <u>La instrumentación técnica del acto, - La Agencia de publicidad</u>	265
A) Requisitos .....	276
B) Tipos legales .....	299
a) Agencia de Publicidad de servicios - plenos .....	301
b) Agencia de Publicidad general .....	305
c) Agencia de distribución a medios ...	313
d) El Estudio técnico de publicidad ....	317
e) La Agencia de publicidad de exclusivas .....	323

III.- <u>El Agente de publicidad</u>	347
IV.- <u>El Técnico de publicidad</u>	353
Notas al Capítulo IV .....	358

## CAPITULO V : LA PUBLICIDAD Y LA ACTIVIDAD PRINCIPAL

I.- <u>El acto de publicidad y la contratación principal</u>	365
A) Perspectivas desde las que es posible el análisis .....	370
a) El acto de publicidad y la oferta contractual .....	371
b) El acto de publicidad como comunicación de una intención negocial ....	383
c) El acto de publicidad y el contenido del contrato .....	386
d) El acto de publicidad como declaración unilateral de voluntad .....	388
B) La calificación del mensaje y el Estatuto de la publicidad .....	393
C) Supuestos especiales .....	395
II.- <u>El acto de publicidad y la competencia</u>	397



III .- <u>La ejecución del acto de publicidad y la com- petencia</u>	406
A) La competencia entre los medios .....	408
B) La competencia entre las Agencias .....	412
C) La competencia entre los Agentes .....	415
D) La competencia entre los diversos entes .	416
Notas al Capítulo V .....	421

## T O M O    I I

### CAPITULO VI : LA DISCIPLINA JURIDICA DE LA PUBLICIDAD

I .- <u>Los llamados "Principios de la Publicidad"</u>	433
II .- <u>Encuadramiento de la disciplina</u>	454
III .- <u>El "Principio de legalidad"</u>	457
IV .- <u>El "Principio de autenticidad"</u>	471
Notas al Capítulo VI .....	486

CAPITULO VII : LA DISCIPLINA JURIDICA DE  
LA PUBLICIDAD (cont.)

I.- <u>El "Principio de veracidad"</u>	497
A) Autonomía del supuesto .....	499
B) Alcance del artículo 8º del Estatuto .....	505
C) La determinación de la falacia .....	513
D) La comprobación de la realidad o verifi- cación .....	541
II.- <u>El "Principio de libre competencia"</u>	544
A) La confundibilidad .....	566
B) La denigración .....	581
C) La cláusula general del artículo 10 .....	628
Notas al Capítulo VII .....	642

CAPITULO VIII : LA SATISFACCION DEL OR-  
DEN JURIDICO VIOLADO POR  
LA PUBLICIDAD ILICITA

I.- <u>Introducción</u>	666
II.- <u>Cauce de represión del acto de publicidad ilí-</u> <u>cito</u>	



A) Actuaciones administrativas .....	669
A') La Junta Central de Publicidad ....	670
B') El Jurado de la Publicidad .....	675
C') Procedimiento .....	678
a) Legitimación e iniciación del pro- cedimiento ante el Jurado .....	679
b) Contenido de la pretensión .....	688
B) Actuaciones jurisdiccionales .....	703
a) Legitimación activa .....	705
b) Legitimación pasiva .....	713
c) Contenido de la pretensión y procedi- miento .....	722
III.- <u>Crítica del sistema legal</u>	727
IV.- <u>El régimen de autocontrol</u>	743
V.- <u>Regímenes especiales</u>	
A) <u>Por razón de la materia</u>	752
a) Productos alimenticios .....	753
b) Fármacos .....	755
c) Estupefacientes .....	756
d) Cosméticos .....	757
e) Viviendas .....	758

f) Bancos y Compañías aseguradoras ...	758
g) Ventas a plazos de bienes muebles corporales .....	759
<b>B) <u>Por razón de la forma</u></b>	
a) Emblemas, escudos, banderas .....	760
b) Billetes de banco .....	761
c) Patrimonio Nacional .....	761
d) Utilización de los Servicios de Correos	763
e) Publicidad exterior .....	763
<b>C) <u>Por razones del lugar</u></b>	763
a) Carreteras .....	764
b) Paisajes y conjuntos artísticos .....	764
c) Ferias .....	765
d) Extranjero .....	765
Notas al Capítulo VIII .....	768



CAPITULO IX : EL CONTRATO DE PUBLICI-  
DAD

I.- <u>La contratación publicitaria</u>	781
II.- <u>Presupuesto técnico-económicos y génesis del contrato de publicidad</u>	789
III.- <u>El contrato de publicidad. Concepto</u>	802
IV.- <u>Elementos personales del contrato</u>	819
V.- <u>Naturaleza jurídica del contrato</u>	830
VI.- <u>Contenido del contrato de publicidad</u>	
A) <u>Obligaciones de la agencia</u>	
a) <u>Obligación de instrumentar el proyecto publicitario .....</u>	850
b) <u>Obligación de ejecutar el proyecto ....</u>	879
c) <u>Obligación de fidelidad .....</u>	925
d) <u>Obligación de secreto .....</u>	928
e) <u>Obligación de no dirigir campañas en concurrencia .....</u>	930
f) <u>Obligaciones complementarias .....</u>	932

B) Obligaciones del anunciante	
a) Obligación de pagar .....	933
b) Obligación de que la agencia quede indemne .....	935
c) Obligación de no utilizar las ideas publicitarias para fines distintos de los pactados .....	940
VII .- <u>Extinción del contrato de publicidad</u>	942
Notas al Capítulo IX .....	961
 <u>CAPITULO X : EL CONTRATO DE DIFUSION</u> <u>O TARIFA PUBLICITARIA</u>	
I .- <u>Concepto y notas</u>	969
II .- <u>Elementos personales del contrato</u>	
A) El medio .....	977
B) El cliente y la agencia .....	983
III .- <u>Naturaleza jurídica del contrato</u>	987
IV .- <u>Conclusión del contrato de difusión</u>	998
V .- <u>Contenido del contrato de difusión</u>	
A) Prestación del medio .....	1.022



B) Prestación del anunciante o agencia .....	1.048
VI.- <u>Consideraciones sobre el incumplimiento del contrato por parte del medio</u>	1.054
VII.- <u>Extinción del contrato de difusión</u>	1.069
Notas al Capítulo X .....	1.075

CAPITULO XI : LA CONTRATACION PUBLICITARIA (Cont.)

I.- <u>El contrato de obra o creación publicitaria</u>	
A) Concepto .....	1.079
a) Partes en el contrato .....	1.081
b) Elementos objetivos .....	1.084
B) Naturaleza jurídica .....	1.088
C) Contenido del contrato	
A') Obligaciones del estudio o agencia	
a) Realizar la obra .....	1.090
b) Obligación de fidelidad .....	1.100
B') Obligaciones del cliente	
a) Recibir la obra .....	1.102
b) Pagar el precio .....	1.104

D) Extinción del contrato .....	1.104
II .- <u>El contrato de mediación o comisión publicita -</u> <u>taria</u> .....	1.106
A) Concepto y naturaleza .....	1.109
B) Forma y prueba del contrato .....	1.117
C) Contenido del contrato .....	1.120
D) Extinción del contrato .....	1.128
Notas al Capítulo XI .....	1.129

T O M O   I V

CONCLUSIONES .....	1.133
BIBLIOGRAFIA .....	1.240
INDICE GENERAL .....	1.263